Die Vertragsfreiheit im kollektiven Arbeitsrecht.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg,

vorgelegt von

Herbert Wolff,
Kammergerichts-Referendar in Berlin.

Berichterstatter: Professor Dr. Bilfinger.

1934

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. H.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0007

Meiner lieben Mutter

und dem Andenken meines teueren Vaters!

Gliederung.

Einleitung: § 1. Gegenstand und Abgrenzung der Aufgabe . . 2

Erster Teil: Grundlegung.

§ 2. Begriff und Wesen der Vertragsfreiheit 5
§ 3. Rechtsnatur des kollektiven Arbeitsrechts . . . 8
§ 4. Überblick über die geschichtliche Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts und der Vertragsfreiheit . . 10

Zweiter Teil: Die Vertragsfreiheit im Gesamtvereinbarungsrecht im allgemeinen.

§ 5. Das Gesamtvereinbarungsrecht überhaupt . . . 15
§ 6. Begriff der Gesamtvereinbarungen 20
§ 7. Normativ und obligatorisch wirkender Inhalt . . 24
§ 8. Verhältnis der Gesamtvereinbarungen zueinander . 35
§ 9. Gesamt- und Einzelschiedsklausel 39

Dritter Teil: Einzelfälle der Vertragsfreiheit im Gesamtvereinbarungsrecht.

1. Abschnitt: Abschlußfreiheit.

§ 10. Tarifvertrag 43
§ 11. Betriebsvereinbarungen 44

2. Abschnitt: Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der normativen Wirkung von Gesamtvereinbarungen.

§ 12. Unabdingbarkeit 48
§ 13. Herrschaftsbereich 54
§ 14. Arbeitszeit 55
§ 15. Kündigung 58
§ 16. Tariflohnverzicht 62
§ 17. Verwirkung 65
§ 18. Insbesondere: Arbeitsordnung 70

3. Abschnitt: Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der schuldrechtlichen Wirkung von Gesamtvereinbarungen.
a) Tarifvertrag:
§ 19. Durchführungs-, Friedens- und Garantiepflicht. . . 7
§ 20. Absperrungsklauseln 7
b) Betriebsvereinbarung:
§ 21. Einstellungsrichtlinien 8
4. Abschnitt: Beendigungsfreiheit.
§ 22. Geltungsdauer von Tarifverträgen 8
§ 23. Abtretung von Rechten 8
Vierter Teil: Anhang.
§ 24. Zusammenfassung 8
§ 25. Notverordnungsrecht 9
Nachtrag: Nationalsozialistisches Recht 9

Verzeichnis

des benutzten Schrifttums, in alphabetischer Reihenfolge unter Berücksichtigung der angewandten Abkürzungen. Das nur einmal benutzte Schrifttum ist an der betr. Stelle aufgeführt.

1. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1932.
2. Bache, Die Betriebsvereinbarung, Diss. Breslau. (Jahrgang nicht mit Sicherheit feststellbar).
3. Bergmann, Ausschlußfristen für die Forderung auf Tariflohn, „Arbeitsrecht", 1929, Sp. 102 ff.
4. Dechant, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht, 1923.
5. Dersch in Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1932, zit. a. a. O.
6. Dersch, SchliVO. = Dersch, die neue Schlichtungsverordnung nebst arbeitsgerichtlichem Verfahren, 2. Aufl. 1925.
7. Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, 3. u. 4. Aufl., 1928, 1931.
8. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Band, 11. Bearbeitung, 1930.
9. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, 1931.
10. Erdel, Rechtsnachfolge in Tarifverträge, „Arbeitsrecht", 1925 Sp. 101 ff.
11. Erdmann, Die Verordnung über die Arbeitszeit, 4. Aufl., 1928.
12. Flatow, Betriebsrätegesetz, 12. Aufl., 1927.

13. Flatow-Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., 1931.
14. Feig-Sitzler, Betriebsrätegesetz, 6. Aufl., 1920.
15. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
16. von Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, 1917 (Bd. I u. III).
17. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. 1931.
18. Goerrig, Zur Frage der Rechtsnachfolge in Tarifverträge, „Schlichtungswesen", 1925, Sp. 145 ff.
19. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1932.
20. Heinemann II, Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, Leipziger Zeitschrift, 1928, Sp. 935 ff.
21. Herschel, Kollektives Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1930.
22. Hiller, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag, 1925.
23. Hueck (a. a. O.), Das Tarifrecht, 1922.
24. Hueck (AV.) = Hueck in Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925.
25. Hueck (Lehrbuch) = Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5. Aufl., 1931.
26. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.
27. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931.
28. Joerges, Einwirkung der wirtschaftlichen Entwicklung auf das geltende Arbeitsrecht, „Arbeitsrecht und Schlichtung", 1932, Sp. 249 ff.
29. Kahn-Freund, Der Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel, 1928.
30. Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1928.
31. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925.
32. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 2, Teil 2, 1932.
33. Lehmann, Tarifvertrag und Nachwirkung, 1927.
34. Mansfeld, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., 1932.
35. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1.
36. Molitor (a. a. O.) = Kommentar zur Tarifvertragsordnung, 1930.

37. Molitor-Schott-Nipperdey, Europäisches Arbeitsvertragsrecht, 1.—3. Teil, 1928, 1929, 1930.
38. Nipperdey (a. a. O.) = Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5. Aufl., Bd. 2, 1932.
39. Nipperdey (Kontrahierungszwang) = Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.
40. Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe, 1923.
41. Potthoff, Kommentar zur Arbeitszeitverordnung, 3. Aufl., 1927.
42. Rohmer, Die Verordnungen über Arbeitszeit, 3. Aufl., 1932.
43. Rundstein, Die Tarifverträge im französischen Tarifrecht, 1905.
44. Schmincke-Sell, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 1928.
45. Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 70, n. F. Bd. 34.
46. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1927.
47. Sitzler-Goldschmidt, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 1929.
48. Syrup, Die Verordnung über die Arbeitszeit, 1924.
49. Staudinger-Engelmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1929.
50. Staudinger-Nipperdey, desgl., 1928.
51. Staudinger-Werner, desgl., 1930.
52. Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., 1928.
53. Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1924.
54. Stoll, „Vertragsfreiheit“ in: „Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey, Bd. 3, 1930.

Entscheidungssammlungen:

1. RAG. = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, amtl. Sammlung.
2. RAG. Bensh. = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, herausgegeben von Dersch, Flatow u. a., Verlag Bensheimer.

3. RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
4. RAG. Rspr. = „Rechtsprechung des Reichsgerichts in Arbeitssachen“.

Zeitschriften:

1. „Arbeitsrecht“, herausgegeben von Potthoff.
2. „Arbeitsrecht und Schlichtung“ (SchliW.), herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Joerges.
3. „Juristische Wochenschrift“, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.
4. „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“, herausgegeben von Dersch u. a. (NZfAR.).

Vorbemerkung.

Die grundstürzenden Änderungen, die durch die Gesetzgebung des Dritten Reiches auch auf dem Gebiete des Arbeitsrechts erfolgt sind, konnten bei der vorliegenden Untersuchung nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie bereits vor der nationalen Erhebung abgeschlossen worden ist. Trotzdem dürften die in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse noch als Rückblick auf die bisherige Rechtslage Bedeutung haben.

Der Nachtrag enthält einen kurzen Hinweis auf die Neugestaltung des kollektiven Arbeitsrechts, soweit sie mit der hier behandelten Aufgabe in Zusammenhang steht.

Berlin, den 25. Mai 1934.

Einleitung.

§ 1.

Gegenstand und Abgrenzung der Aufgabe.

Von jeher hat der Staat private Abmachungen in gewissem Umfang als rechtsbegründend anerkannt, weil die Lebensverhältnisse so mannigfaltig sind, daß eine bis ins Einzelne gehende gesetzliche Regelung nicht möglich ist. Diesen Spielraum zur Betätigung des Parteiwillens pflegt man kurz als „Vertragsfreiheit" zu kennzeichnen. Hierbei drängt sich jedoch die bisher wenig erörterte Frage [1]) auf, wie weit die private Willensmacht reicht oder — mit anderen Worten: Wo liegen die Grenzen der Vertragsfreiheit?

Im allgemeinen begnügt man sich mit der Feststellung, daß Vertragsfreiheit insoweit gelte, als nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen, insbesondere §§ 134, 138, 306 BGB., entgegenstehen [2]). Es kann schon zweifelhaft sein, ob diese rein bürgerlich-rechtliche Anschauung auch auf solche Rechtsgebiete übertragen werden darf, die sich — wie das kollektive Arbeitsrecht — in ihrem Wesen grundlegend vom Bürgerlichen Recht unterscheiden. Im Gegensatz zum Bürgerlichen Recht stellt nämlich das kollektive Arbeitsrecht nicht die Belange der Einzelperson, sondern diejenigen verschiedener Gruppen in den Mittelpunkt [3]). Denn das kollektive Arbeitsrecht regelt die Beziehungen der Arbeitsverbände in Beruf und Betrieb sowie die Normsetzungsbefugnis hinsichtlich der Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen [4]). Besonders deutlich zeigt sich der Unterschied gegenüber dem Bürgerlichen Recht in der den Arbeitsverbänden verliehenen Befugnis zur Schaffung von Tarifverträgen.

---

[1]) Auch Stoll, a. a. O., will (S. 189 unten) lediglich einen „Ueberblick" geben.

[2]) Dersch, ArbR., S. 61; Nipperdey, a. a. O., § 13 I 1.

[3]) Joerges, a. a. O., Sp. 251, 256.

[4]) Nipperdey, a. a. O., § 1 I 3.

Allerdings wird im Schrifttum [5]) gerade für den wichtigsten Teil des kollektiven Arbeitsrechts — das Tarifrecht — der Standpunkt vertreten, daß „dem Tarifvertrage nach dem Grundsatz des bürgerlichen Rechts über Vertragsfreiheit jeder beliebige Inhalt zugänglich" sei. Demgegenüber ist aber gelegentlich schon in der Rechtsprechung [6]) betont worden, daß die mitgeteilte Ansicht in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden könne. In der Tat bedarf die Frage, ob und inwieweit der Parteiwillkür Grenzen gezogen sind, gerade für das Gebiet der kollektiven Arbeitsrechts einer genaueren Untersuchung. Denn der Grundsatz der Vertragsfreiheit wurzelt im Recht der Einzelperson, dem sogen. Individualrecht, ist also seiner Natur nach eine Ausstrahlung des individualistisch bestimmten Rechtsgedankens [7]), während das kollektive Arbeitsrecht — wie der Name besagt — gerade nicht individualistisch bestimmt ist.

Bis zur Staatsumwälzung von 1918 konnte sich der individualistisch bestimmte Rechtsgedanke in den Tarifverträgen in gleichem Umfange wie bei anderen Verträgen betätigen, weil jene als privatrechtliche Verträge eigener Art angesehen und den einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unterstellt wurden [8]). Schranken bildeten nur die allgemeinen zwingenden Bestimmungen.

Darin trat mit dem politischen Umsturz vom 9. November 1918 insofern eine grundlegende Änderung ein, als die Vertragsfreiheit nunmehr auch kollektivistisch beeinflußt wurde, indem die wirtschaftlichen Vereinigungen im Wege der Gesamtvereinbarung mit unmittelbarer und unabdingbarer Wirkung den Inhalt von Einzelarbeitsverträgen festlegen können.

Das Eigenartige dieses Rechtszustandes liegt darin, daß nunmehr die Interessen der Gesamtheit im Vordergrunde stehen und die individualistische Vertragsfreiheit durch die kolletivistische verdrängt wird. Diese Entwicklung hat dahin geführt, daß die Kollektivvereinbarung die Regel, die Einzelabrede aber die Ausnahme bildet und in gewissen Fällen sogar besonderer Zulassung bedarf [9]).

Es soll daher im folgenden an Hand ausgewählter Kollektivabreden geprüft werden, wo im kollektiven Arbeitsrecht die Grenzen für die Vertragsfreiheit der wirtschaftlichen Verbände zu finden sind. Jedoch ist nicht das gesamte kollektive Arbeitsrecht dieser Untersuchung zugänglich:

---

[5]) Flatow, a. a. O., 12. Aufl., S. 253 u. a.

[6]) RG. NZfAR. 1926, 628.

[7]) Joerges, a. a. O., Sp. 250.

[8]) Nipperdey, a. a. O., S. 35.

[9]) Vgl. § 1 Abs. 2 Seem. Ord., Arbvertragsges.Entw. § 6, Stoll, a. a. O., S. 175.

Das Arbeitskampfrecht behandelt die von den Personen des Arbeitslebens ausgehenden Störungen des Arbeitsfriedens, die darauf hinzielen, den Willen des in Frage kommenden Vertragsgegners durch Druckmittel zu beugen [10]). Es fehlt hier also an der tatsächlichen Möglichkeit, Verträge zu schließen, so daß insoweit auch die Vertragsfreiheit keine Rolle spielen kann.

Ähnlich verhält es sich mit dem Arbeitsverbandsrecht, das sich mit den Rechtsnormen über Entstehung und Verfassung der Arbeitsverbände befaßt [11]). Abreden, die sich darauf beziehen, betreffen nur die Träger des kollektiven Arbeitsrechts, also gewissermaßen die persönliche Seite desselben. Darum handelt es sich hier jedoch nicht. Vielmehr kommt es nur darauf an, die gegenständliche Seite des kollektiven Arbeitsrechts einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Nicht das ist die Aufgabe: Wer darf von der Vertragsfreiheit Gebrauch machen?, sondern: Was kann Gegenstand der Vertragsfreiheit sein?

Die Handhabe zur Beantwortung dieser Frage bietet vorwiegend das Gesamtvereinbarungsrecht, d. h. das Tarif- und das Betriebsvereinbarungsrecht.

Die Gliederung des Stoffes beruht auf folgenden Erwägungen:

Zunächst sind die für die folgende Untersuchung grundlegenden Begriffe „Vertragsfreiheit“ und „kollektives Arbeitsrecht“ näher zu erörtern. Damit wird sich der 1. Teil der Arbeit zu beschäftigen haben. Im 2. Teil sollen die Grenzen der Vertragsfreiheit unter allgemeinen Gesichtspunkten, im 3. Teil einzelne, praktisch wichtige Kollektivabreden in ihrem Verhältnis zu den Grenzen der Vertragsfreiheit behandelt werden. Der 4. Teil wird anhangweise eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse sowie einen Überblick über die einschlägige Not-Gesetzgebung zu enthalten haben.

---

[10]) Nipperdey, a. a. O., § 70 I und I 3.
[11]) Dersch, a. a. O., S. 307.

Erster Teil: Grundlegung.

§ 2.

Begriff und Wesen der Vertragsfreiheit.

Die Bestimmung des Begriffs der Vertragsfreiheit muß ausgehen von den Begriffen „Vertrag" und „Freiheit".

Als „Vertrag" bezeichnet man im Rechtsverkehr ein Rechtsgeschäft, das in Bezug auf ein schutzwürdiges Interesse übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen mehrerer Personen enthält [1]). Der Vertrag ist eine vorwiegend für das Privatrecht bestimmte Rechtsfigur. Er ist aber auch im öffentlichen Recht zu finden [2]). Man denke z. B. an die Eingemeindungsverträge, ferner an Verträge zwischen Kreis- und Provinzialverband über Unterhaltung öffentlicher Wege [3]). Da jedoch der Begriff des Vertrages notwendig eine Übereinkunft voraussetzt, kann von einem Vertrage nur die Rede sein, wenn beide Parteien rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, auf die Ausgestaltung des betreffenden Rechtsverhältnisses den gleichen Einfluß auszuüben. Hat aber nur der eine Teil die Möglichkeit, seinen Willen zur Geltung zu bringen, so dürfte in Wahrheit kein Vertrag, sondern lediglich ein „Diktat" [3a]) vorliegen.

Die Verträge lassen sich nach den verschiedensten Gesichtspunkten in das Rechtssystem einordnen. Für die vorliegende Untersuchung ist aber nur diejenige Unterscheidung von Bedeutung, welche

---

[1]) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 137 II; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., zu Anm. 17 zu § 1.

[2]) Jellinek, a. a. O., S. 253; Fleiner, a. a. O. S. 209, 210; Kelsen, a. a. O. S. 82, 86. von Gierke, a. a. O. Bd. I § 33 II 1.

[3]) Weitere Beispiele bei: Fleiner, a. a. O. S. 209, 210 und Jellinek, a. a. O. S. 253.

[3a]) So z. B. bezeichnet man oft den am 28. 6. 1919 erfolgten Friedensschluß von Versailles als „Diktat". Vgl. u. a. Anschütz S. 763 unten Note 1 a. E., ferner Görres JW. 33. 1162.

innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse nach der Zweckbestimmung des Vertrages gemacht wird [4]). Danach kann ein Vertrag auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Schuldverhältnissen gerichtet sein.

„Freiheit" ist gleichbedeutend mit „Ungebundenheit". Darunter versteht man im Rechtsleben einen Zustand, der eine ungehinderte Willensbetätigung gestattet [5]). Eine schrankenlose Ungebundenheit des einzelnen ist aber innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft nicht möglich. Deshalb muß begrifflich der Freiheit im weiteren Sinne die Freiheit im engeren Sinne gegenübergestellt werden. Die Grenzen der letzteren richten sich danach, inwieweit im Einzelfalle die Freiheit durch „Zwang" verdrängt wird [6]).

Mit Klarstellung der Begriffe „Vertrag" und „Freiheit" ist jedoch der Begriff der „Vertragsfreiheit" noch nicht gewonnen.

Das wesentliche Merkmal jedes Vertrages besteht darin, daß er für die Parteien die Pflicht zur Erfüllung des Vertrages begründet. Deshalb könnte man vielleicht unter „Vertragsfreiheit" einen Zustand verstehen, bei dem die Parteien gegenüber dem Vertrage „frei", d. h. von der Pflicht zur Vertragstreue befreit sind [7]). Ob eine solche Freiheit, die gegenüber einem Vertrage bestehen soll, angesichts des Grundsatzes: „Pacta sunt servanda" überhaupt anzuerkennen ist, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls setzt sie denknotwendig immer einen Vertrag voraus.

Indessen kann für die gegenwärtige Untersuchung nur ein anderer Begriff der Vertragsfreiheit in Betracht kommen, nämlich die Freiheit, welche es gestattet, rechtliche Beziehungen in dem abzuschließenden Vertrage so zu ordnen, wie die Parteien es für dienlich halten; jedoch mit der Wirkung, daß die Willenserklärungen von der Rechtsordnung anerkannt werden und für die Beteiligten rechtliche Bindungen hervorrufen.

Demgemäß können wir den Begriff der Vertragsfreiheit dahin bestimmen:

Vertragsfreiheit ist die von der Rechtsordnung verliehene Befugnis, gewisse Rechtsbeziehungen zu frei gewählten Rechtsgenossen nach Belieben rechtsgeschäftlich und rechtsverbindlich zu regeln, und

---

[4]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 27, 1.

[5]) Aehnlich: Staudinger-Engelmann, a. a. O., Bem. II A 2 zu § 823; Anschütz, a. a. O., Anm. 1 zu Art. 114.

[6]) Ein näheres Eingehen auf den Begriff „Freiheit" liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit.

[7]) Herschel, a. a. O., S. 22, 23.

zwar ohne Rücksicht auf gesetzlich geordnete Vertragstypen und gesetzliche Vorschriften überhaupt [8]).

Zu Unrecht werden gelegentlich [9]) die Grenzen der Vertragsfreiheit zur Umschreibung ihres Begriffs mitherangezogen. Dadurch wird die Begriffsbestimmung ohne ersichtlichen Grund erschwert.

Nach der hier vorgenommenen Begriffsbestimmung hat man innerhalb der Vertragsfreiheit zunächst die „Abschlußfreiheit" zu unterscheiden, sie betrifft die Frage, ob überhaupt Verträge geschlossen werden dürfen. In den Bereich der „Abschlußfreiheit" fällt begrifflich die Auswahl des Vertragsgegners [10]) und die sich daran anschließende Wahl der Form des Rechtsgeschäfts. In diesen beiden Fällen hat man es mit Abarten der „Abschlußfreiheit" zu tun [11]).

Soweit die Willensfreiheit bei Festsetzung des Vertragsinhalts in Betracht kommt, läßt sie sich als „Gestaltungsfreiheit" oder genauer als „inhaltliche Gestaltungsfreiheit" [12]) kennzeichnen. Innerhalb des kollektiven Arbeitsrechts sind zwei Arten dieser Freiheit zu unterscheiden, nämlich hinsichtlich der normativen und der schuldrechtlichen Wirkungen von Gesamtvereinbarungen.

Als vierte Art der Vertragsfreiheit ist die sog. „Vertragsbeendigungsfreiheit" zu erwähnen [13]). Darunter verstehen wir die Freiheit, ein bestehendes Vertragsverhältnis zum Erlöschen zu bringen.

Allerdings ist „Vertragsfreiheit" auch hinsichtlich der an gewisse Handlungen und Unterlassungen geknüpften Rechtsfolgen denkbar [14]), indem diese in Abweichung von der gesetzlichen Regelung durch Parteiwillkür geordnet werden. Ein Bedürfnis für die Anerkennung einer weiteren Art der Vertragsfreiheit ist aber im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht vorhanden, weil die ver-

[8]) Aehnlich: Stoll, a. a. O., S. 176.

[9]) So z. B.: Staudinger-Werner, a. a. O., Einl. I, 7 vor § 241; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 27, 2.

[10]) a. A. ohne nähere Begründung: Nipperdey, Kontrahierungszwang, a. a. O., S. 3 Anm. 6; wie hier aber: Stoll, a. a. O., S. 177.

[11]) Stoll, a. a. O., S. 177, abweichend jedoch hinsichtlich der „Formfreiheit", die er ohne überzeugende Gründe als „Voraussetzung" der Abschlußfreiheit behandelt. Wenn aber schon die Auswahl des Vertragsgegners keine Voraussetzung der Abschlußfreiheit ist, kann erst recht nicht die Auswahl der Form des Rechtsgeschäfts als „Voraussetzung" der Abschlußfreiheit angesehen werden. Gegen Stoll u. a. auch Kreß, Lehrbuch der Schuldverhältnisse, 1919, S. 126.

[12]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 99 zu Note 1.

[13]) Joerges, a. a. O., Sp. 256.

[14]) Staudinger-Werner, a. a. O., Einl. I 7 vor § 241.

tragliche Regelung oder Beseitigung von Rechtsfolgen in Wahrheit nichts anderes ist als eine Gestaltung des Vertrags i n halts. Nicht zu billigen ist die Annahme[15]), daß n e b e n der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit noch die „Freiheit über die hergestellten Vertragsbeziehungen" unterschieden werden müsse, weil sonst von außen her in das Vertragsverhältnis eingegriffen werden könnte und folglich die Gestaltungsfreiheit nicht viel nützen würde. Diese Auffassung verkennt das Wesen der Gestaltungsfreiheit, das gerade darin besteht, daß der Staat die einmal abgegebenen Willenserklärungen des einzelnen a n e r k e n n t und sich von Eingriffen in die vertraglich getroffene Regelung f e r n hält. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich gegenwärtig in Art. 152 RVerf. 1919[16]).

Im übrigen äußert sich das Wesen der Vertragsfreiheit darin, daß sie keine Verpflichtung enthält, sondern immer nur eine Befugnis gewährt. Denn man wird nicht gezwungen, einen Vertrag zu schließen oder ihm einen bestimmten Inhalt zu geben; beides ist vielmehr der freien Entschließung der Parteien überlassen. Demzufolge kann begrifflich von „Vertragsfreiheit" keine Rede sein, wo es an der Freiwilligkeit des Willensentschlusses fehlt[17]). Andererseits kommt trotz Vorhandenseins dieses Erfordernisses keine „Vertrags"-freiheit in Frage, wenn die Rechtsbeziehungen der Beteiligten nicht durch V e r t r a g, sondern durch Satzung geregelt werden[18]).

§ 3.

R e c h t s n a t u r d e s k o l l e k t i v e n A r b e i t s r e c h t s.

Wie schon der Name erkennen läßt, bildet das kollektive Arbeitsrecht einen Bestandteil des Arbeitsrechts überhaupt. Trotzdem verkörpert es eine einheitliche, in sich geschlossene Disziplin, die mit dem individuellen Arbeitsrecht zwar verknüpft ist, von ihm aber nicht beeinflußt wird[1]).

---

[15]) Nipperdey, Kontrahierungszwang, a. a. O., S. 3 Note 6 und S. 155. Dagegen mit Recht: Stoll, a. a. O., S. 176, 179.

[16]) Stoll, a. a. O. S. 183.

[17]) Das trifft z. B. zu bei den sog. Zwangstarifen; das sind Tarifverträge, die durch Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs oder durch bindende Regelung der Ueberstundenvergütung i. S. des § 6 a AZVO. zustandekommen: Nipperdey, a. a. O., § 15 III 3; Dersch, a. a. O., S. 58.

[18]) Das ist der Fall bei den Tarifgemeinschaften, weil dort die Arbeitsbedingungen nicht durch Vereinbarung, sondern durch die gegenüber Mitgliedern bestehende Verbandsautonomie festgesetzt werden: Hueck, a. a. O., § 19.

[1]) Dersch, a. a. O., S. 137; Nipperdey, a. a. O., § 2 I, II.

Es kann zweifelhaft sein, zu welchem Teile der Rechtsordnung das Arbeitsrecht — und folgerichtig auch das kollektive Arbeitsrecht — zu rechnen ist, ob es öffentliches oder privates Recht darstellt. Allerdings wird im Schrifttum [2]) auch der Standpunkt vertreten, daß darüber hinaus noch eine dritte Gruppe von Rechtssätzen — das Sozialrecht — gebildet werden müsse. Indessen dürfte die Notwendigkeit zur Anerkennung einer dritten Art von Rechtssätzen zu verneinen sein, da sich die sozialrechtlichen Normen ohne Schwierigkeit in das nur öffentliches und privates Recht scheidende System einordnen lassen [3]). Würde das kollektive Arbeitsrecht als öffentliches Recht anzusehen sein, so dürfte der Schluß gerechtfertigt sein, daß die Vertragsfreiheit nicht soweit reicht wie im Bürgerlichen Recht; denn auch sonst ist im öffentlichen Recht die Vertragsfreiheit stärker eingeschränkt als im Privatrecht. Zur Wahrung einer möglichst gleichmäßigen Behandlung aller Staatsbürger ordnet [4]) nämlich der Staat die Rechtsverhältnisse öffentlichen Rechts im allgemeinen einseitig, so daß Verträge in dieser Beziehung nur geschlossen werden dürfen, wenn hierzu eine gesetzliche [5]) oder eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung besteht [4]).

Allerdings wird die Notwendigkeit der bisherigen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht neuerdings entschieden bekämpft, indem man einen Wesensunterschied leugnet und die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete als verhängnisvollen Einbruch der Politik in die Rechtslehre bezeichnet [8]).

Dieser Standpunkt verdient jedoch keinen Beifall [9]). Wenn auch zwischen öffentlichem und privatem Recht enge Beziehungen bestehen [10]), so ändert dieser Umstand doch nichts an der inhaltlichen Verschiedenheit der Rechtssätze. Außerdem ist die grundlegende Einteilung der Rechtsordnung in privates und öffentliches

---

[2]) H. Lehmann, Grundrisse der Rechtswissenschaft, Allg. Teil des BGB. 2. Aufl., S. 1 ff.

[3]) Gegen Lehmann u. a. auch Stier-Somlo, a. a. O., S. 18 g mit guten Gründen sowie Bache, a. a. O., S. 56 Anm. 3.

[4]) Fleiner, a. a. O., S. 211, 213.

[5]) Vgl. z. B. Pr. GewSteuerVO. von 1926/27, § 49: „Die Gemeinden sind berechtigt, Vereinbarungen mit Steuerpflichtigen über die Höhe der Steuer abzuschließen. Die Vereinbarungen können auf mehrere Rechnungsjahre abgeschlossen werden. Sie bedürfen der Genehmigung".

[8]) So vor allem: Kelsen, a. a. O. S. 80 zu A. Abs. 1, S. 85 zu C. 4; derselbe schon: Arch. f. öff. Recht Bd. 31 S. 59 unten, S. 218.

[9]) Jacobi, a. a. O., S. 377 mit weiteren Nachweisen; Jellinek, a. a. O., § 3 IV; Stier-Somlo, a. a. O., § 1 II D (S. 10).

[10]) Vergl. die Beispiele bei Fleiner, a. a. O., Anm. 34, 35 zu § 4.

Recht geschichtlich bedingt [11]) und auch im geltenden Recht durchgeführt [12]). Abgesehen davon, ist sie deshalb notwendig, weil der Staat nicht auf die für seine Zwecke unzureichenden Mittel der Privatrechtsordnung beschränkt werden darf. Er muß vielmehr auch die Möglichkeit haben, den Bürgern mit Befehl und Zwang entgegenzutreten, ihnen Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen. Dazu bietet ihm lediglich das öffentliche Recht eine geeignete Handhabe.

Schwierig und im einzelnen bestritten ist indessen die Frage, worin die Unterscheidungsmerkmale der beiden Rechtsgebiete zu finden sind [13]). Ohne auf die vielfachen Versuche, zu einer brauchbaren Lösung zu gelangen, hier näher eingehen zu können, dürfte der von vielen Seiten [14]) vertretene Standpunkt zu billigen sein, daß es nur auf den Inhalt der Rechtshandlung und ihre Schöpfer ankomme: Ist an der Rechtshandlung ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt und handelt er in Ausübung dieser Gewalt, so sind die zur Anwendung gelangenden Rechtssätze öffentliches Recht. In allen anderen Fällen hat man es mit Privatrecht zu tun.

Prüft man unter diesem Gesichtspunkt die im Arbeitsrecht auftauchenden Normen, so findet man, daß es sowohl öffentliche als auch private Rechtssätze enthält, also ein Mischgebilde darstellt, ohne daß aber die Scheidung in öffentliches und privates Recht hinfällig würde [15]).

§ 4.

Überblick über die geschichtliche Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts und der Vertragsfreiheit.

I. Die Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts [1]) beruht auf dem Gedanken des genossenschaftlichen Zusammenschlusses. Es

[11]) D. I, 1, 2; Gierke, a. a. O., Bd. I § 4 II.

[12]) So sind z. B. nach § 13 GVG. nur bürgerliche, nicht auch öffentliche Rechtsstreitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterstellt. Vergl. ferner: EGBGB., Art. 55; RVerf. 1919 Art. 7 Ziff. 1; BRG. § 9 Abs. 1; ArbGG. § 2 Abs. 1 Ziff. 1—4 u. a.

[13]) Vergl. etwa Otto Mayer, a. a. O., S. 15 ff., 106 ff.

[14]) Otto Mayer, a. a. O., Bd. I S. 67, 107; Fleiner, a. a. O., § 2 I S. 51 oben; G. Jellinek, Allgem. Staatslehre, 3. Aufl., S. 384; RGZ. 102, 252 u. a.

[15]) Kaskel, a. a. O., Anm. 2 zu § 2; Jacobi, a. a. O., S. 382 mit weiteren Nachweisen; Dersch, a. a. O., S. 4 mit Anm. 1; W. Jellinek, a. a. O., S. 45. Dagegen Stier-Somlo, a. a. O., I S. 14: Das Arbeitsrecht sei öffentliches Recht.

[1]) Näheres Joerges, a. a. O., Sp. 251 ff.; Jacobi, a. a. O., § 2; Dersch, a. a. O. § 3.

verdankt seine Entstehung der grundlegenden Veränderung der gesamten Arbeits- und Wirtschaftsverhältnisse, die sich in den letzten Jahrzehnten vollzogen hat. Die kapitalistische Entwicklung, der Übergang zu Maschinenarbeit, Fabrikbetrieb und Massenanfertigung führten zu einem Mißbrauch der durch § 105 GewO. für den Arbeitsvertrag zugelassenen Vertragsfreiheit. Die Arbeitsbedingungen wurden, obwohl äußerlich eine Willenseinigung in Form des Vertrages vorlag, in Wahrheit vom Arbeitgeber einseitig festgelegt. Dies war nur möglich infolge der wirtschaftlichen Überlegenheit der Arbeitgeber, die in der Beherrschung der sachlichen Gütererzeugungsmittel ihre Grundlage hatte, und der Tatsache, daß die Arbeitnehmer lediglich auf die Ausnutzung ihrer Arbeitskraft zur Bestreitung des Lebensunterhalts angewiesen sind. Man erkannte in den letzten Jahrzehnten die soziale Verbundenheit der Arbeitnehmer in dem gemeinsamen Kampf um die Schaffung erträglicher Arbeits- und Lebensbedingungen. Immer stärker setzte sich die Auffassung durch, daß der einzelne Arbeitnehmer nur in geringem Umfang imstande sei, auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses einen nennenswerten Einfluß auszuüben.

Obwohl schon der Staat durch mannigfache Vorschriften, die einen Schutz der Arbeitnehmer gegenüber der wirtschaftlichen Macht der Arbeitgeber bezweckten, dem geschilderten Übelstand abzuhelfen suchte, bildeten sich zahlreiche Berufsverbände und Gewerkschaften. Diese machten sich vor allem die Wahrung der wirtschaftlichen Belange der Arbeitnehmer zur Aufgabe. Begünstigt wurden die Zusammenschlüsse durch die auf germanischer Rechtsanschauung beruhende [2]) Erkenntnis, daß der Arbeitsvertrag im Gegensatz zu anderen schuldrechtlichen Verträgen die Einsetzung der Persönlichkeit zum Gegenstande habe und eine derartige Leistungspflicht aus sittlichen Gründen höher zu bewerten sei als andere Verbindlichkeiten.

Der Staat war den wirtschaftlichen Vereinigungen zunächst nicht günstig gesinnt. Er änderte seinen Standpunkt grundsätzlich erst in der Nachkriegszeit, indem er nicht nur ihre Daseinsberechtigung anerkannte, sondern ihnen sogar die Befugnis zum Abschluß von Tarifverträgen einräumte (TVO. vom 23. 12. 1918).

Diese Entwicklung mußte, wenn nunmehr nicht die Arbeitnehmer die Arbeitsbedingungen diktieren sollten, den Zusammenschluß der Arbeitgeber in den sog. Arbeitgeberverbänden zur Folge haben. Erst jetzt war der „soziale Gegenspieler“ [3]) erstanden, dessen man

---

[2]) von Gierke, a. a. O., Bd. II § 195 II S. 593; Oertmann, a. a. O., S. 38.

[3]) Dersch, a. a. O., S. 42.

bedurfte, um die Befugnis zu kollektiver Regelung der Arbeitsbedingungen wirkungsvoll ausüben zu können.

Die Reichsverfassung vom 11. August 1919 erkennt die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen ausdrücklich an (Art. 165).

Vor dem Erlaß der Tarifvertragsverordnung fehlte eine nähere gesetzliche Regelung des kollektiven Arbeitsrechts. „Tarifrecht" war ein kaum gekannter Begriff, wie überhaupt die frühere Gesetzgebung auf durchaus individualistischer Grundlage beruhte: Man behandelte auch den Tarifvertrag trotz seines kollektivistischen Charakters wie jeden anderen bürgerlich-rechtlichen Vertrag, sodaß die Tarifverträge des „alten" Arbeitsrechts nur schuldrechtliche Ansprüche begründen konnten [4]). Der Mangel spezieller gesetzlicher Regelung machte sich erst besonders bemerkbar, als die Ausbreitung kollektivistischer Strömungen die Entstehung zahlreicher Tarifverträge zur Folge hatte, die sich nicht auf den Kreis der gewerblichen Arbeitnehmer und die Regelung der Vergütung beschränkten.

II. Im Gegensatz zum kollektiven Arbeitsrecht ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit altes Rechtsgut, wenn er auch in seiner heutigen Ausdehnung nicht zu allen Zeiten bekannt gewesen ist.

Vertragsfreiheit in dem oben erörterten Sinne von „Abschlußfreiheit" hat es wohl immer und überall gegeben, nicht aber „Gestaltungsfreiheit". Selbst im klassischen römischen Recht war sie nur unvollkommen entwickelt [5]). Der Kreis der schuldrechtlichen Verträge war geschlossen; andere als die gesetzlich vorgesehenen Konsensual- und Realkontrakte konnten nicht zustandekommen. Bis zur Anerkennung der unbenannten Realkontrakte bediente man sich für Verträge, in denen nur der eine Teil Verpflichtungen einging, der Stipulation. Da zweiseitig verpflichtende Verträge nicht zugelassen waren, half man sich mit zwei einseitig verpflichtenden Stipulationen, indem man jeder von ihnen einen entsprechenden Inhalt gab. Eine Erleichterung trat erst ein, als die unbenannten Realkontrakte zugelassen wurden. Nunmehr konnte sich der eine Teil wenigstens in der Weise verpflichten, daß er seine Leistung erst zu erbringen brauchte, wenn der andere Teil geleistet hatte.

In der Renaissancezeit bildete der Grundsatz der Vertragsfreiheit bereits einen Bestandteil der gesamten abendländischen Kultur [6]). Seine höchste Entfaltung erlebte er im gemeinen Recht [7]).

[4]) Joerges, a. a. O., Sp. 268.
[5]) Siber, a. a. O., S. 226 Abs. 2.
[5]) Siber, a. a. O., S. 226 Abs. 2.
[6]) Stoll, a. a. O., S. 178 Anm. 16.
[7]) Siber, a. a. O., S. 226 unten.

Für das Arbeitsrecht ist hier die Tatsache hervorzuheben, daß § 105 GewO. bis zur Novelle vom 15. 7. 1878 absolute Gestaltungsfreiheit einräumte, an deren Stelle erst später die sog. relative Gestaltungsfreiheit trat [8]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Vertragsfreiheit als selbstverständlich, wie den Motiven zum BGB. und der Bestimmung des § 305 BGB. zu entnehmen ist [9]). Andererseits gewährt es die Vertragsfreiheit doch nicht uneingeschränkt:

A l l g e m e i n e Schranken der Vertragsfreiheit begegnen uns z. B. in den Bestimmungen der §§ 134, 138, 306 BGB., besondere treten uns in zahlreichen zwingenden Rechtssätzen entgegen. Auf einzelnen Rechtsgebieten, z. B. im Sachenrecht, hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Gestaltungsfreiheit außerordentlich stark begrenzt; denn andere als die im BGB. genannten dinglichen Rechte können auch durch Parteiwillkür nicht zur Entstehung gelangen [10]). Abgesehen davon, läßt sich für das Privatrecht der Grundsatz aufstellen, daß Vertragsfreiheit nicht nur für Verpflichtungsgeschäfte, sondern in gewissem Umfang auch für Verfügungsgeschäfte [11]) besteht.

Die Not des Weltkrieges und der Nachkriegszeit veranlaßte den Staat, die Vertragsfreiheit stärker als früher durch besondere Verordnungen einzuengen [12]).

Indem der Grundsatz der Vertragsfreiheit in Art. 152 RVerf. 1919 als ein Grundrecht anerkannt wird, erlangt er zum ersten Mal öffentlich-rechtliche Bedeutung [13]). Da aber der Staat die Vertragsfreiheit überall dort abgrenzen muß, wo durch sie die Ordnung des Wirtschaftslebens oder das Gemeinwohl nachteilig beeinflußt werden kann, gewährleistet Art. 152 Abs. 1 a. a. O. die Vertragsfreiheit nicht für das g e s a m t e Rechtsleben, sondern nur für den Wirtschaftsverkehr und lediglich „nach Maßgabe der Gesetze". Daraus ergibt sich, daß der Staat nur eine beschränkte Vertragsfreiheit duldet: Wenn irgend eine Rechtsnorm, mag es auch nur eine Rechtsverordnung sein, etwas anderes bestimmt, soll für die private Willensmacht kein Raum sein [14]). Die Vertragsfreiheit ist also nur in-

[8]) Stoll, a. a. O., S. 178.

[9]) Allgemein anerkannt; vgl. z. B. Joerges, a. a. O., S. 256; Stoll, a. a. O., S. 183 und S. 178 Anm. 16; Nipperdey, Kontrahierungszwang, a. a. O., S. 2 Anm. 4.

[10]) Staudinger-Werner, a. a. O., Einl. I 7 vor § 241; RGZ. 53, 297.

[11]) Dahin gehört z. B. die Abtretung von Rechten (§ 398 BGB.).

[12]) Vgl. z. B. die VO. vom 12. 2. 20. (RGBl. Nr. 33); Stoll, a. a. O, Anm. 72, S. 189 und überhaupt Nipperdey, Kontrahierungszwang.

[13]) Joerges, a. a. O., Sp. 256; Giese, a. a. O., Bem. 2 zu Art. 152.

[14]) RG. JW. 1927 S. 1262.

soweit gewährleistet, als sie mit dem jeweiligen Stande des objektiven Rechts vereinbar ist. Demzufolge ist die Gültigkeit von Rechtsgeschäften dadurch bedingt, daß etwaige Formvorschriften beobachtet werden und der Vertragsinhalt der Rechtsordnung nicht zuwiderläuft. Art. 152 Abs. 2 a. a. O. nennt selbst Beispiele für Begrenzung der Gestaltungsfreiheit [15]).

Dadurch wird aber nicht die Feststellung gehindert, daß das deutsche Recht von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht wird und Ausnahmen hiervon gesetzlicher Grundlage bedürfen [16]).

[15]) Ob es sich dabei um eine Neuerung handelt, ist bestritten. Dafür: Finger, Arch. ö. R. n. F. 9, 299; dagegen Anschütz, a. a. O. Bem. 2 zu Art. 152; Stoll, a. a. O., S. 188, Giese, a. a. O., Anm. 2 zu Art. 152.

[16]) RG. JW. 32, S. 862.

Zweiter Teil:
Die Vertragsfreiheit im Gesamtvereinbarungsrecht.

Im allgemeinen.

§ 5.

Das Gesamtvereinbarungsrecht überhaupt.

Schon der Name deutet an, daß bei der Gesamtvereinbarung Interessen einer Personenvielheit im Vordergrunde stehen. Man versteht unter Gesamtvereinbarungen [1]) solche Vereinbarungen, die mit oder zwischen Trägern des kollektiven Arbeitsrechts getroffen werden und die Regelung einer Mehrheit von Rechtsverhältnissen bezwecken. Die sich darauf beziehenden Rechtsnormen bezeichnet man als Gesamtvereinbarungsrecht.

Das geltende Recht kennt nur zwei Arten von Gesamtvereinbarungen: den Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung [2]). Beide sind einander nahe verwandt, sodaß zwischen ihnen in mannigfacher Hinsicht Parallelen bestehen. Um so auffälliger ist es, daß die eine Gesamtvereinbarung als „Vertrag", die andere als „Vereinbarung" bezeichnet wird. Auch sonst verwendet man diese beiden Ausdrücke häufig nebeneinander und meint damit den gleichen Gegenstand [3]). Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß „Vertrag" und „Vereinbarung" sich trotz ihrer Ähnlichkeit begrifflich nicht decken. Denn, wenn auch beiden Begriffen gemeinsam ist, daß sie Willenseinigungen voraussetzen, so sind doch in bezug auf Wesen und Wirkung beider Rechtsfiguren unverkennbare Unterschiede vorhanden, auf die im folgenden kurz einzugehen ist.

---

[1]) Näheres darüber bei Jacobi, a. a. O., § 10; Nipperdey, a. a O., § 1 II 2 a.

[2]) Vgl. VO. über Schlichtungswesen vom 30. 10. 23. Art. I § 3; Jacobi, a. a. O., S. 151.

[3]) Selbst im BGB. werden sie nicht streng auseinandergehalten, vgl. z. B. §§ 399, 405, 419, 731, 745, 1010.

Der Vertrag bezweckt seinem Wesen nach die Befriedigung entgegengesetzter Interessen. Die mehreren Willenserklärungen, aus denen er sich zusammensetzt, treffen sich zwar in einem gewissen Punkte, sind aber dennoch auf den entgegengesetzten Rechtserfolg gerichtet [4]). Die Willenserklärung des einen Teils wird dem anderen Teile gegenüber abgegeben.

Dagegen ist das Wesen der Vereinbarung im einzelnen bestritten [5]). Ohne darauf im Rahmen der vorliegenden Untersuchung näher eingehen zu können, dürfte der Wesensunterschied gegenüber dem Vertrage in folgendem zu erblicken sein:

Bei der „Vereinbarung" stimmen im Gegensatz zum „Vertrage" die Willenserklärungen der Parteien inhaltlich überein. Sie laufen parallel nebeneinander her und zielen auf einen einheitlichen Rechtserfolg hin [6]). Die Willenserklärung wird nicht gegenüber dem Beteiligten, sondern gemeinsam mit ihm kundgegeben. stellt sich also äußerlich nur als eine Willenserklärung dar [7]).

Mit „Vereinbarung" kann man daher das Zusammentreffen inhaltlich gleicher Willenserklärungen auf der Grundlage gemeinsamer oder gleicher Interessen bezeichnen [8]).

Auch in den Wirkungen sind die beiden Rechtsfiguren verschieden. Das zeigt sich darin, daß der „Vertrag" subjektive Rechte erzeugt. Hingegen kann die „Vereinbarung" objektives Recht schaffen, nämlich wenn die Beteiligten die Fähigkeit zur Rechtssetzung haben und sich auf eine Norm einigen, nach der ihr künftiges Verhalten beurteilt werden soll [9]). Das im Wege der Vereinbarung geschaffene Recht kann entweder durch staatlichen Rechtsschutz oder durch Gewohnheitsrecht oder durch eine neue Vereinbarung in dem hier erörterten Sinn geändert oder beseitigt werden.

An der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen „Vertrag" und „Vereinbarung" ist daher festzuhalten [10]).

[4]) So verpflichtet sich z. B. beim Arbeitsvertrage der eine Teil zur Arbeitsleistung, der andere zur Entrichtung einer Vergütung — der eine will Arbeit leisten, der andere will sie vergüten.

[5]) Ausführlich: Jacobi, a. a. O., S. 265 mit weiteren Nachweisen.

[6]) So z. B. die Willenseinigung von Eltern über die religiöse Erziehung ihrer Kinder (RGesetz vom 15. Juli 1921).

[7]) Zunft, NZfAR. 1931 Sp. 301.

[8]) Triepel, Völker- und Landesrecht, 1899, S. 43 ff.

[9]) Jacobi, a. a. O., S. 263 nennt sie „Regelungsvereinbarung".

[10]) Jacobi, a. a. O., S. 260 ff.; a. A. z. B Nipperdey, § 12 I 2, Molitor a. a. O., S. 15, Dersch, a. a. O., S. 48, letzterer aber nur, weil sich auch bei den normativen Tarifbestimmungen „gegenteilige Interessen" gegenüber

Im kollektiven Arbeitsrecht sind die Voraussetzungen für die Schaffung „vereinbarten Rechts“ durch § 1 TVO. gegeben, sodaß es gerechtfertigt erscheint, von „Gesamtvereinbarung“, „Tarifvereinbarung“ und „Betriebsvereinbarung“ zu reden [11]).

Das Recht der Gesamtvereinbarungen läßt sich in drei große Gebiete teilen, nämlich in Berufs-, Betriebsvereinbarungs- und Schlichtungsrecht [12]).

Die Wirksamkeit von Gesamtvereinbarungen hängt davon ab, daß sich die Parteien im Rahmen der ihnen gesetzlich eingeräumten Zuständigkeit halten. Denn die Befugnis zur Rechtssetzung findet in der staatlichen Übertragung ihre Grundlage und ihre Begrenzung.

---

stünden. Diese Auffasung erscheint aber nicht zutreffend, da der Wille beider Parteien, wie bei der Betriebsvereinbarung, übereinstimmend auf die „Regelung der Arbeitsbedingungen“ gerichtet ist, also ein Zusammenwirken stattfindet. Daß dabei jede Partei für sich eine möglichst günstige Regelung erstrebt, ist nicht entscheidend. Für die Unterscheidung auch Bache, a. a. O., S. 22 ff., ferner Zunft, NZfAR. 1931 Sp. 301; Kaskel, a. a. O., S. 20: „Die Tarifnormen beruhen vielmehr auf der von der Rechtsquelle der Gesetzgebung völlig verschiedenen Rechtsquelle der Vereinbarung.“ Dersch spricht übrigens a. a. O. S. 41 selbst von „kollektiven Vereinbarungen“. Auch Molitor a. a. O. erkennt an, daß der Tarifvertrag in seinem normativen Teile eine Vereinbarung darstelle. Sein Einwand, daß die Unterscheidung begrifflich zu einer Zerreißung des Tarifvertrages führen würde, ist aber nicht überzeugend, zumal gerade er S. 98 schuldrechtliche Abreden nicht als begriffswesentlichen Bestandteil des Tarifvertrages bezeichnet.

[11]) Der Ausdruck „Vertragsfreiheit“ ist daher hinsichtlich der normativwirkenden Kollektivabreden ungenau, aber kürzer und gebräuchlicher als „Vereinbarungsfreiheit“.

[12]) Nipperdey, a. a. O., § 1 III.

Das Schlichtungsrecht behandelt nur die Hilfeleistung zur freiwilligen Schaffung von Gesamtvereinbarungen (§§ 3, 5 Abs. 2 SchliVO.). Aus folgenden Erwägungen kann es hier keine Berücksichtigung finden:

Ist die Hilfeleistung erfolgreich, so steht die zustandegekommene Gesamtvereinbarung in ihren Wirkungen einer gewöhnlichen Gesamtvereinbarung gleich. Daher ist das Schlichtungsrecht insoweit nur „Spiegelbild des Tarifrechts“ (Flatow, NZfAR. 1925 Sp. 625 f., 630) oder genauer: „Spiegelbild des Gesamtvereinbarungsrechts“.

Bleibt die Hilfeleistung jedoch ohne Erfolg, so kann die Bindung an den behördlichen Schiedsspruch auch gegen den Willen der Beteiligten herbeigeführt werden (§ 6 SchliVO.). Bei Dienstvorschriften tritt die Wirkung des Schiedsspruchs sogar schon mit dem Zeitpunkte der Verkündung ein (§§ 75, 80 BRG., 5 Abs. 4 S. 3 SchliVO.). In diesen Fällen fehlt es also regelmäßig an der Freiwilligkeit der Willensübereinstimmung und damit an einem wesentlichen Begriffsmerkmal der Vertragsfreiheit.

Aus dieser, auf dem Wesen des Rechtsstaates beruhenden Auffassung folgt, daß Gesamtvereinbarungen nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften, z. B. GewO. § 134 a, BRG. § 35, BGB. §§ 134, 138, 306, verstoßen dürfen [13]). Auch wenn die Vereinbarung — wie es bei der Arbeitsordnung denkbar ist — trotz behördlicher Nachprüfung unbeanstandet bleibt, kann sie im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit eine Rechtsgültigkeit hervorrufen [14]). Auch der kollektive Gestaltungswille findet an zwingenden Rechtsnormen Schranken, die er nicht überschreiten kann. Gerade hierbei tritt der Vorrang des staatlichen Rechts gegenüber dem vereinbarten deutlich in die Erscheinung.

Im kollektiven Arbeitsrecht sind aber auch Normen zu finden, die nur „relativ zwingend" sind. Darunter sind Rechtssätze zu verstehen, welche durch Gesamtvereinbarung ihrer sonst zwingenden Wirkung entkleidet werden können [15]).

Für Tarifparteien besteht eine derartige Möglichkeit nur in wenigen, ausdrücklich zugelassenen Fällen auf dem Gebiete der Betriebsverfassung und der Arbeitszeit.

Hinsichtlich der Betriebsverfassung ist ihnen zunächst die Befugnis verliehen, die durch die Geschäftsführung des Betriebsrats entstehenden Unkosten, die nach der gesetzlichen Regelung dem Arbeitgeber zur Last fallen, tariflich anderweitig zu verteilen (§ 36 BRG.). Ferner ist hier die Bestimmung des § 62 BRG. zu nennen, wonach ein Betriebsrat nicht errichtet werden darf oder zu bestehen aufhört, sofern seine Errichtung oder Tätigkeit wegen der Eigenart des Betriebes mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist und die Tarifparteien eine andere Art der Betriebsvertretung vereinbaren. Allerdings bedarf es zur Herbeiführung des von ihnen erstrebten Erfolges gemäß § 62 Abs. 1 BRG. noch der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages.

Soweit innerhalb des Arbeitszeitrechts „relativ zwingende" Normen in Frage kommen, sei hier § 2 AZVO. (i. d. Fassung vom 14. 4. 27) hervorgehoben, welcher den Tarifparteien das Recht gibt, für

---

[13]) Jacobi, a. a. O., S. 285; Bache, a. a. O., S. 110; Dersch, a. a. O., S. 87; Flatow, a. a. O., 12. Aufl. S. 305.

[14]) Nipperdey, a. a. O., § 34 IV c.

[15]) Hueck, AV., S. 99 in Anlehnung an Kreller, Arch.Ziv.Prax., n. F. Bd. 2 S. 30. Dahin gehören: §§ 2, 5, 8, AZVO. vom 21. 12. 23 i. d. Fassg. v. 14. 4. 27 (RGBl. 1923 I S. 1249; 1927 I S. 109/110), § 1 Abs. 2 Bäckerei-AZVO. vom 23. 11. 18 i. d. F. v. 16. 7. 27 (RGBl. 1918 S. 1329; 1927 S. 103), §§ 62, 36 [1] BRG., § 60 der Durchführungsbestimmungen vom 18. 7. 1919 zum RKaligesetz (RGBl. 1919 S. 663).

Gewerbezweige und Arbeitnehmergruppen, bei denen regelmäßig und in erheblichem Umfange Arbeitsbereitschaft vorhanden ist, eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Arbeitszeit festzusetzen.

Auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts fehlt es im übrigen an der Möglichkeit, zwingende Vorschriften durch Tarifvereinbarung abzuändern [16]).

Noch weniger können sie durch Betriebsvereinbarungen beeinflußt werden [17]). Nur insofern ist eine Abweichung gestattet, als der Inhalt einer Arbeitsordnung den sonst zwingenden Vorschriften über Kündigungsfrist, Entlassungs- und Austrittsgründe nicht zu entsprechen braucht (§ 134 b Ziff. 3 GewO.).

Zweifelhaft ist die Kompetenz der Tarifparteien auf dem Gebiete der Sozialversicherung, weil dort gesetzlich Dienstordnungen vorgesehen sind (§§ 351 ff., 690 ff. RVO.). Mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Träger der Sozialversicherung ist die Rechtslage einer einheitlichen Beurteilung nicht zugänglich:

Soweit die Arbeitsverhältnisse der bei der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung sowie der Reichsknappschaft tätigen Arbeitnehmer in Betracht kommen, wird man die Möglichkeit tariflicher Regelung bejahen müssen, weil der Vorrang der Tarifvereinbarung gegenüber der Dienstordnung gesetzlich anerkannt ist (§ 39 AVAVG., § 186 RknappschGes.).

Soweit aber die sonstigen Träger der Sozialversicherung (Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Landesversicherungsanstalten und Reichsversicherungsanstalt) in Frage stehen, fehlt es an entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen. Man wird deshalb aus der Erwägung, daß die Dienstordnungen auf Sondergesetz beruhen und daher die allgemeinen Vorschriften der TVO. zurücktreten müssen, anzunehmen haben, daß der Gestaltungswille der Tarifparteien sich nur betätigen kann, wenn und soweit die Dienstordnungen dafür Raum lassen; dies könnte z. B. in der Weise geschehen, daß die Dienstordnung sich einer erschöpfenden Regelung enthält [18]).

Im übrigen hält sich der Staat im allgemeinen von jeder Einmischung bei Begründung, Änderung und Auflösung von Arbeitsverhältnissen fern. Er selbst greift in die Willensfreiheit des einzelnen nicht ein [19]). Dagegen verfolgen die wirtschaftlichen Vereini-

---

[16]) Nipperdey, a. a. O., § 13 III.

[17]) Hueck, AV., S. 99 unten.

[18]) Wie hier die wohl überwiegende Meinung. Nachweise bei Dersch, a. a. O. S. 85 Anm. 5. Ebenso die Rechtsprechung.

[19]) Als Ausnahmen sind zu nennen: § 7 SchwerbeschGes. (Eingriff in die Abschlußfreiheit), § 2 Kündigungsschutzges. (Eingriff in die Vertragsbeendigungsfreiheit).

gungen des kollektiven Arbeitsrechts das entgegengesetzte Ziel, indem sie im Bestreben nach möglichster Ausnutzung der ihnen eingeräumten Machtstellung auch den Abschluß von Arbeitsverträgen durch Gebote und Verbote aller Art [20]) zu beeinflussen suchen.

§ 6.
Begriff der Gesamtvereinbarungen.

Der Begriff des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung bedarf deshalb einer kurzen Erörterung, weil sich die Vertragsfreiheit im kollektiven Arbeitsrecht praktisch nur bei Gesamtvereinbarungen auswirken kann.

a) Die Bezeichnung der wichtigsten Art der Gesamtvereinbarungen mit „Tarifvertrag" ist streng genommen ebenso ungenau wie „Tarifvereinbarung". Denn als „Tarifvertrag" können nur schuldrechtlich wirkende Abmachungen angesehen werden, während normativ wirkende Abreden in Wahrheit eine „Tarifvereinbarung" darstellen [1]), sodaß die Terminologie immer nur einen Teil der beruflichen Gesamtvereinbarung deckt. Trotz dieser Erkenntnis erscheint die Prägung eines neuen Ausdrucks nicht zweckmäßig, weil die bisherige Terminologie allgemein gebräuchlich ist.

Die Verordnung des Rates der Volksbeauftragten vom 23. 12. 1918 (TVO.) bringt zum ersten Mal eine gesetzliche Umschreibung des Begriffs des „Tarifvertrages". Sie versteht darunter (§ 1 Abs. 1) einen schriftlichen Vertrag, in welchem die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern geregelt werden.

Diese Begriffsbestimmung ist von späteren arbeitsrechtlichen Gesetzen übernommen worden [2]), befriedigt aber nicht. Vielleicht erklärt sich dies daraus, daß die TVO. den schwierigen Stoff nicht erschöpfend ordnen, die eingehende Regelung vielmehr der ordentlichen Gesetzgebung überlassen sollte.

Die Schriftform ist nur für den Tarifvertrag i. S. der TVO. wesentlich; im übrigen können auch mündlich Tarifverträge (z. B. als Vertrag zugunsten Dritter) geschlossen werden. Diesen kommt allerdings nicht die Vollwirkung des § 1 TVO. zu. Demzufolge ist die Schriftform eine sog. Wirkungsvoraussetzung, d. h. nur schriftlich

[20]) Kahn-Freund, a. a. O. S. 72.

[1]) Beifallswert RAG. JW. 32, S. 72 Nr. 4, wo der normativ wirkende Teil des Tarifvertrages als „Tarifvereinbarung" bezeichnet wird.

[2]) z. B. BRG. §§ 66 Nr. 5, 78 Nr. 1; SchlichVO. § 3, Hausarbeitsges. § 20 Nr. 2, AGG. § 2 Nr. 1.

geschlossene Tarifverträge unterstehen der besonderen Regelung der TVO. Dadurch wird den Tarifparteien die Entschließung über die Form, in welche die Vereinbarungen gekleidet werden sollen, genommen. Die Tarifparteien können daher nicht etwa wirksam vereinbaren, daß auch ein mündlich geschlossener Tarifvertrag normative Wirkung auslösen solle (§ 125 BGB.) [4]).

Die gesetzliche Begriffsbestimmung erweckt den Anschein, daß der Gestaltungswille der Tarifparteien lediglich auf die Regelung der Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen angewiesen sei. Indessen würde eine einschränkende Auslegung des Gesetzes mit dem Sinn und Zweck der beruflichen Gesamtvereinbarung, das Arbeitsverhältnis selbst zu erfassen, nicht vereinbar sein. Daß die Vertragsfreiheit und damit die Rechtssetzungsbefugnis der Tarifparteien sich vielmehr auch auf den Inhalt von Arbeitsverträgen erstrecken sollte, läßt der Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 2 und 3 TVO. erkennen, wo allgemein von „Arbeitsbedingungen" die Rede ist.

Wir verstehen unter einem Tarifvertrage i. S. der TVO. eine freiwillige, schriftlich niedergelegte Vereinbarung, die zwischen Arbeitgebern oder ihren tariffähigen [5]) Vereinigungen und tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen zur Regelung von Arbeitsverhältnissen und zur Begründung schuldrechtlicher Verpflichtungen unter den Tarifparteien getroffen wird [6]).

Aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung des Tarifvertrages ergibt sich, daß für das Berufsvereinbarungsrecht wenigstens grundsätzlich Vertragsfreiheit anerkannt ist, und zwar nicht nur in bezug auf den Abschluß, sondern auch in bezug auf die inhaltliche Gestaltung des Tarifvertrages [7]).

b) Während dieser das Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer in beruflicher Hinsicht verwirklicht, verschafft die Betriebsvereinbarung dem Mitwirkungsrecht in betrieblicher Beziehung Geltung [8]). Ob-

---

[3]) Sitzler-Goldschmidt, a. a. O., S. 33 oben; Oertmann, a. a. O. S. 72; Molitor, a. a. O., S. 62; dagegen u. a. Dersch, S. 56, mit weiteren Nachweisen.

[4]) Dersch, a. a. O., S. 56.

[5]) Tariffähigkeit ist die „Arbeitnehmervereinigungen einerseits oder Arbeitgebervereinigungen andererseits gesetzlich verliehene Fähigkeit, durch Vereinbarung die Arbeitsbedingungen mit unmittelbarer und unabdingbarer Wirkung für Arbeitsvertragsparteien zu bestimmen." Joerges, SchliW. 1927 Sp. 26, ders. SchliW. 1932 Sp. 369. Aehnlich Dersch, a. a. O., S. 50; aus der Rspr. vgl. RAG. ArbRspr. 1931, 284.

[6]) Aehnlich Nipperdey, § 5 I 1 (S. 28), Dersch, a. a. O., S. 47.

[7]) Dersch, a. a. O. § 16 I 1.

[8]) Joerges, a. a. O., Sp. 268.

wohl die Daseinsberechtigung der Betriebsvereinbarung bestritten ist [9]), darf sie hier nicht übergangen werden, weil sie dem geltenden Recht angehört.

Die zahlreichen Bemühungen in Schrifttum und Rechtsprechung beweisen, daß eine einwandfreie Umschreibung des Begriffs der Betriebsvereinbarung schwierig ist. Das ist offenbar darauf zurückzuführen, daß das Betriebsrätegesetz sich des Ausdrucks „Betriebsvereinbarung" an keiner Stelle bedient, sondern sie nur voraussetzt [10]). Dies erscheint um so auffälliger, als gerade das Betriebsrätegesetz die Grundlage des Betriebsvereinbarungsrechts bildet. Anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen [11]) ist dagegen die Bezeichnung geläufig.

Allgemein wird zutreffend angenommen [12]), daß die Betriebsvereinbarung als wesentliches Merkmal eine Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung enthalten muß [13]). Dagegen ist ihr Begriff im einzelnen stark umstritten [14]). Ohne darauf im Rahmen der gegenwärtigen Untersuchung näher eingehen zu können, ist die Ansicht [15]) zu billigen, daß die Betriebsvereinbarung einen „zweiseitigen kollektiven Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung bildet, durch den objektive Rechtsnormen für die Arbeitsverhältnisse des Betriebes oder gegenseitige Pflichten zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung auf Grund des BRG. oder beides zusammen" geschaffen werden. Soweit Betriebsvereinbarungen normativ wirken, sind es allerdings nicht Verträge, sondern Vereinbarungen in dem oben angegebenen Sinne [16]).

Nach dieser Begriffsbestimmung können im wesentlichen vier Arten von Betriebsvereinbarungen begründet werden: Die Arbeitsordnung, die Dienstvorschriften, die in § 78 Nr. 2 BRG. geregelte

---

[9]) Jacobi, a. a. O., S. 308 hält das ganze Rechtsinstitut der obligatorischen Betriebsvereinbarung für „unmöglich". Dagegen Nipperdey, a. a. O. § 33 Anm. 47.

[10]) Flatow-Kahn-Freund, a. a. O., S. 305.

[11]) SchwerbeschGes. § 7 Abs. 2, SchliVO., § 3.

[12]) Jacobi, a. a. O., S. 287.

[13]) Diese Willenseinigung fehlt bei den Dienstverordnungen der Sozialversicherung (RVO. §§ 355 Abs. 1, 700 Abs. 1, 987, 1147), da hier die Angestellten nur zu hören sind; ebenso Bache, a. a. O. S. 45, Flatow-Kahn-Freund a. a. O., S. 384 unten.

[14]) Jacobi, a. a. O., S. 304 ff. mit weiteren Nachweisen.

[15]) Dersch, a. a. O. S. 130.

[16]) s. oben S. 16 zu Anm. 8.

Betriebsvereinbarung [17]) und die sog. Betriebsvereinbarungen mit verpflichtendem Inhalt.

Die verschiedenen Betriebsvereinbarungen sind zwar hinsichtlich ihrer Entstehung, Rechtswirkung und Aufhebung nicht einheitlich zu beurteilen [18]). Dennoch erscheint es hier nur erforderlich, die Arbeitsordnung und die sog. Betriebsvereinbarung mit verpflichtendem Inhalt näher zu behandeln, weil sie für die Grenzen der Vertragsfreiheit praktisch von ungleich größerer Bedeutung sind als die beiden anderen Arten der Betriebsvereinbarung.

Von diesen erstrecken sich zudem die Dienstvorschriften inhaltlich, wie aus GewO. § 134 b Ziff. 1 und § 134 b Abs. 3 zu schließen ist, auf die Art und Weise der Erfüllung der dem Arbeitnehmer obliegenden Arbeits- und Gehorsamspflicht. Sie stimmen also meist mit dem fakultativen Teil der Arbeitsordnung überein [19]). In Betrieben, in denen keine Arbeitsordnung erlassen werden m u ß, ist der Inhalt der Dienstvorschriften auf die erwähnten Bestimmungen der GewO., Ziff. VIII ArbArbZVO. und § 3 AngArbZVO. beschränkt [20]). Soweit der Erlaß einer Arbeitsordnung zwingend vorgeschrieben ist, werden die Dienstvorschriften in der Regel in die Arbeitsordnung aufgenommen, obwohl es den Parteien auch nicht verwehrt ist, selbst in den sog. arbeitsordnungspflichtigen Betrieben Dienstvorschriften zu vereinbaren und sie äußerlich von der Arbeitsordnung zu trennen [21]).

Auch zu einer ausführlichen Erörterung der auf § 78 Nr. 2 BRG. beruhenden Betriebsvereinbarung besteht hier kein Anlaß: Nach der Fassung des Gesetzes kann sie sich nicht nur auf die Festsetzung von Löhnen, sondern auch auf die Regelung „sonstiger" Arbeitsbedingungen erstrecken, sodaß sie jeden denkbaren Inhalt von Arbeitsverträgen erfassen kann. Insofern steht sie also mit den normativen Bestimmungen von Tarifverträgen auf gleicher Stufe [22]). Soweit die in § 78 Nr. 2 a. a. O. erwähnten Arbeitsbedingungen nicht schon durch Tarifvertrag erschöpfend geregelt sind und die Mit-

---

[17]) Ob diese Betriebsvereinbarung als selbständige anzuerkennen ist, wird u. a. bestritten von Jacobi, a. a. O., S. 310; dagegen aber überzeugend Nipperdey, a. a. O., § 33 IV 3, Flatow-Kahn-Freund, a. a. O., S. 395 unten, RAG. Bensh. S. Bd. 10 S. 407.

[18]) Nipperdey, a. a. O., § 33 IV 3 S. 369.

[19]) Nipperdey, a. a. O., § 35 I 2; Flatow-Kahn-Freund, a. a. O., S. 381; Kaskel, a. a. O., S. 26.

[20]) Nipperdey, a. a. O., Anm. 37 b zu § 33.

[21]) Nipperdey, a. a. O., § 35 zu Note 3.

[22]) Nipperdey, a. a. O., § 36 I 2.

wirkung der Betriebsvertretung tariflich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, können sie durch Betriebsvereinbarung mit unmittelbarer Wirkung festgelegt werden [23]). Dafür spricht nicht nur die Fassung des Gesetzes, wie z. B. „Festsetzung" und „Regelung", sondern auch die Erwägung, daß Betriebsvereinbarungen gemäß § 3 SchliVO. Gesamtvereinbarungen sind und diese den Inhalt von Arbeitsverhältnissen bestimmen. Schließlich läßt sich auch § 7 SchwerbeschGes. zugunsten der Unmittelbarkeit der Betriebsvereinbarung des § 78 Nr. 2 BRG. verwerten, da Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung in § 7 a. a. O. hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses gleichgestellt sind.

§ 7.

Normativ und obligatorisch wirkender Inhalt

I. Der Tarifvertrag ordnet neben den ihm unterfallenden Arbeitsverhältnissen zugleich die schuldrechtlichen Beziehungen der Tarifparteien zueinander. Er stellt ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, dessen einzelne Bestandteile jedoch verschiedene Wirkungen auslösen. Man scheidet daher allgemein die normativ wirkenden Abreden von denen, die nur obligatorische oder schuldrechtliche Bedeutung haben [1]) [2]).

Worin nun im einzelnen die Kennzeichen beider Wirkungsarten zu finden sind, ist allerdings lebhaft umstritten. Die klare Abgrenzung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die besonderen Wirkungen des Tarifvertrages und der Allgemeinverbindlicherklärung stets nur den normativ wirkenden Tarifbestimmungen zuteil werden [3]).

Normativwirkung dürfte solchen Tarifvereinbarungen beizulegen sein, die nach dem Willen der Tarifparteien dazu bestimmt und ihrer Natur nach dazu geeignet sind, Bestandteil der in den Ge-

---

[23]) Nipperdey, a. a. O., § 36 III mit weiteren Gründen; Groh, SchliW 1929 Sp. 34, 1931 Sp. 57; Mansfeld, NZfAR. 1931 Sp. 221; RAG. BenshS Bd. 10 S. 408.

[1]) Sinzheimer, a. a. O., S. 256, 268 ff. unterscheidet allerdings noch ein 3. Wirkungsart von Tarifbestimmungen: die sog. organisatorische Funktion

[2]) Die im Schrifttum häufige Ausdrucksweise (z. B. Nipperdey, a. a. O §§ 9, 10): „Normativer Teil - Schuldrechtlicher Teil" ist irreführend, wei sie den Anschein erweckt, als ob sich der Tarifvertrag aus zwei selbständige Teilen zusammensetze. Zweckmäßiger dürfte daher die Terminologie sein „Normative Wirkung — obligatorische Wirkung". Wie hier schon Anthes, NZfAR., 1930 Sp. 529 ff. (539); Dersch, a. a. O. S. 46.

[3]) Nipperdey, a. a. O., § 27 II 1.

tungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitsverhältnisse zu werden [4]).

Dagegen sind als obligatorisch wirkend solche Bestimmungen anzusehen, die das Rechtsverhältnis der Tarifparteien zueinander und den Bestand des Tarifvertrages betreffen [5]).

1. Da die Rechtssetzungsbefugnis der Tarifparteien sich wirksam nur hinsichtlich solcher Abreden betätigen kann, welche normative Wirkung auslösen, ergeben sich in dieser Beziehung für die Grenzen der Vertragsfreiheit mannigfache Zweifelsfragen:

Zunächst fragt es sich, ob den Tarifparteien die Möglichkeit gewährt ist, auch denjenigen Abmachungen normative Wirkung beizulegen, die sich nicht auf Arbeits v e r t r ä g e beziehen. Streitig ist dabei vor allem, ob der Wille der Tarifparteien auch rein tatsächliche, nicht auf gültigem Vertrage beruhende Arbeitsverhältnisse, sog. Beschäftigungsverhältnisse [6]) normativ [7]) erfassen kann.

Trotz des Wortlauts des § 1 TVO., der auch sonst nicht glücklich gefaßt ist, wird man auch hinsichtlich der Beschäftigungsverhältnisse die Möglichkeit tariflicher Regelung bejahen müssen [8]). Zum Teil hält man [9]) eine derartige Regelung aber nur in einem begrenzten Umfange für zulässig, nämlich insoweit, als sie nach Treu und Glauben wie vertraglich begründete Arbeitsverhältnisse zu behandeln seien, d. h. nur für die Zeit der bereits geleisteten Arbeit. Diese Einschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt [10]). Sie entspricht nicht dem Sinn und Zweck des heutigen Tarifrechts, den Arbeitnehmer gegen Mißbrauch seiner Arbeitskraft zu schützen. Infolgedessen ist das Übergewicht auf die Tatsache der Arbeitsleistung zu legen, gleichgültig, ob sie auf Grund eines Vertrages oder ohne einen solchen erfolgt; denn es ist kein Anhaltspunkt dafür zu finden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Arbeitnehmer, die aus irgendwelchen Grün-

---

[4]) u. [5]) Joerges, a. a. O., Sp. 271 und überhaupt die herrschende Lehre. RAG. Bensh S. Bd. 4 S. 181.

[6]) Dersch, a. a. O., S. 22, Molitor, NZfAR., 1931 Sp. 109 ff.; Dersch, ebenda, Sp. 162. Gegen den Begriff überhaupt: Kausen, NZfAR. 1931 Sp. 145 ff.

[7]) Daß sie mit s c h u l d rechtlicher Wirkung geordnet werden können, wird nicht bezweifelt, Dersch, a. a. O., S. 71.

[8]) a. A. Kreller, ArbR. 1924, Sp. 883; dagegen aber die in Anm. 15 und 16 Angeführten.

[9]) Dersch, a. a. O., S. 71; Staudinger-Nipperdey, IV 3 zu § 611.

[10]) So schon Joerges, SchliW. 1927 Sp. 27, Dechant, ArbR. 1924 Sp. 43; Sinzheimer, a. a. O., S. 257; Erdel, SchliW. 1925 Sp. 18; LG. Dresden NZfAR. 1926 Sp. 758.

den ohne gültigen Vertrag Arbeit leisten, hinsichtlich der Arbeitsbedingungen schlechter gestellt sein sollten als andere. Eine derartige Benachteiligung wäre besonders dann ungerechtfertigt, wenn sich die Ungültigkeit von Arbeitsverträgen erst nachträglich herausstellt, wie es z. B. bei der Anfechtung wegen Willensmängel zutrifft (§§ 119, 123, 142 Abs. 1 BGB.). Die Ungültigkeit kann aber auch von vornherein bestanden haben, so z. B. wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB.). Besonders deutlich würde die Härte, die in der Nichtanwendung tariflicher Bestimmungen liegen kann, in die Erscheinung treten, wenn die Nichtigkeit auf Verhalten des Arbeitgebers zurückzuführen ist. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn ein Minderjähriger ohne Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters (§ 113 BGB.) Arbeit leistet.

Ein rechtliches Hindernis zur tariflichen Regelung von Beschäftigungsverhältnissen dürfte hiernach nicht vorhanden sein.

Wie sich aus § 1 TVO. ergibt, beschränkt sich die Normsetzungsbefugnis ausschließlich auf die Regelung von Arbeitsverhältnissen [11]). Daraus folgt denknotwendig eine entsprechende Einschränkung der den Tarifparteien zustehenden Gestaltungsfreiheit, da andere Rechtsverhältnisse der tarifrechtlichen Wirkung trotz etwaigen Parteiwillens nicht unterstellt werden können. Deshalb ist z. B. für normativ wirkende Vereinbarungen über die Betriebsvertretung — sei es hinsichtlich der Zusammensetzung, sei es hinsichtlich des Aufgabenkreises — kein Raum, ganz abgesehen davon, daß diese Angelegenheiten schon durch das Betriebsrätegesetz erschöpfend geregelt sind [12]).

Auf Beamtenverhältnisse kann sich der Gestaltungswille der Tarifparteien nicht wirksam erstrecken, weil das Beamtenverhältnis kein Arbeitsverhältnis darstellt [13]).

Ferner sind Rechtsverhältnisse, welche Dienste höherer Art zum Gegenstande haben (§ 627 BGB.) der normativen Regelung seitens der Tarifparteien entzogen, da es an dem für den Begriff des Arbeitsverhältnisses wesentlichen Merkmal der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Dienstleistenden fehlt [14]).

---

[11]) Darunter sollen im folgenden sowohl die auf Vertrag als auch die auf bloß tatsächlicher Arbeitsleistung beruhenden Rechtsbeziehungen verstanden werden.

[12]) Nipperdey, a. a. O., § 13 IV; Flatow, a. a. O., S. 21 ff.

[13]) RGZ. 114, 112; Jacobi, a. a. O., S. 57; Dersch, a. a. O., S. 23; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., Bem. IV 2 vor § 611 mit weiteren Nachweisen.

[14]) Dersch, a. a. O., S. 23.

Ebensowenig kann sich der Gestaltungswille der Tarifparteien in bezug auf das Rechtsverhältnis von Agenten betätigen.

Soweit es sich um den sog. echten Agentenvertrag (§ 84 HGB.) handelt, wird allgemein [15]) mit Recht angenommen, daß das persönliche Abhängigkeitsverhältnis nicht vorhanden und daher eine tarifliche Normierung nicht zulässig sei. Der Agent ist vielmehr selbständiger Gewerbetreibender, der nach § 1 Abs. 1 und 2 Ziff. 7 HGB. Kaufmannseigenschaft hat und im Gegensatz zu dem Handlungsgehilfen nicht organisch in den Betrieb des Geschäftsherrn eingegliedert ist. Die Selbständigkeit bleibt auch dann erhalten [16]), wenn dem Agenten in gewissen Grenzen Weisungen sachlicher Art von dem Geschäftsherrn erteilt werden; nur dürfen diese nicht eine persönliche Unterordnung des Agenten zur Folge haben. Allerdings kann der Agent bei Vorhandensein eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses [17]) gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 AGG. „arbeitnehmerähnliche" Person sein. Jedoch ist diese Regelung keine genügende Grundlage für die Annahme, daß Agenturverhältnisse nun auch tariflich geregelt werden könnten; vielmehr gilt die in § 5 a. a. O. vorgenommene Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nur für das Arbeitsgerichtsgesetz.

Wohl aber können die Tarifparteien für Handlungsreisende Arbeitsbedingungen in normativer Weise vereinbaren [18]). Denn dieser steht — sofern er nicht Handlungsagent ist (§ 87 HGB.) — zu dem Geschäftsherrn in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis, ist insbesondere auch persönlich abhängig. Soweit er festes Gehalt bezieht, ist er regelmäßig verpflichtet, die Zeit, während deren er keine Reisetätigkeit ausübt, durch andere Arbeiten, die mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängen, im Interesse des Geschäftsherrn auszufüllen [19]).

Eine andere Frage, die zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gibt, geht dahin, ob die Rechtsverhältnisse der Lehrlinge als Arbeitsverhältnisse i. S. der TVO. anzusehen und daher tariflicher Regelung zugänglich sind. Sie ist aber zu bejahen [20]).

---

[15]) Hueck, a. a. O., Bd. I, § 8 zu Note 21; RAG. Bensh. Bd. 2 S. 146; Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch V Teil 1 S. 1 ff.; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., Bem. II 2 vor § 611 u. a.

[16]) Hueck, a. a. O., Lehrb. Bd. I § 8 Note 25 Abs. 2 a. E.

[17]) Dersch-Volkmar, a. a. O., 4. Aufl. Anm. 6 d zu § 5.

[18]) Hueck, Lehrb. Bd. I § 8 Note 25 Abs. 2; Jacobi, a. a. O., Anm. 34 zu § 3.

[19]) Düringer-Hachenburg-Hoeniger, 3. Aufl., 1930 Anm. 41 zu § 59 HGB.

[20]) H. L. Oertmann, a. a. O., S. 250/1; Sitzler-Goldschmidt, a. a. O., S. 18; Nipperdey, a. a. O., § 9 I 3c u. Anm. 28; RAGBensh. S. 6, 511; 10, 147.

Zwar ist nicht zu verkennen, daß dem Lehrherrn in gewissen Grenzen die Erziehung des Lehrlings obliegt. Ferner läßt sich auch nicht leugnen, daß hier im Gegensatz zu anderen Arbeitsverträgen der Arbeitgeber zur Leistung von Diensten, nämlich zur Ausbildung des Lehrlings in dem von ihm gewählten Berufszweige, verpflichtet ist und die Tätigkeit des Lehrlings in erster Linie der Berufserlernung, also den Interessen des Lehrlings, nicht denen des Lehrherrn dient.

Aber entscheidend dürfte doch der Umstand sein, daß auch der Lehrvertrag deutlich das Element enthält, das zum Wesen jedes Arbeitsvertrages gehört: die Verpflichtung zu abhängiger Arbeitsleistung.

Die Machtbefugnisse der Tarifparteien hinsichtlich der Lehrlingsverhältnisse sind indessen durch Gesetze, Verordnungen und öffentlichrechtliche Statuten mannigfach eingeschränkt [21]). Auch hier gilt der Satz, daß an zwingenden Vorschriften selbst der kollektive Gestaltungswille eine unüberwindliche Grenze findet. Zu solchen zwingenden Bestimmungen gehören z. B. § 81 HGB. und § 126 GewO. Daraus ergibt sich, daß z. B. eine tarifliche Vereinbarung des Inhalts, daß der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte auf Seiten des Lehrherrn keine Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen eines Lehrvertrages bilde, gemäß § 134 BGB. der Rechtsgültigkeit entbehren würde.

In gewissen Fällen [22]) hat der Staat den Innungen und Handwerkskammern die Befugnis verliehen, verbindliche Vorschriften zu erlassen. Soweit sie davon Gebrauch gemacht haben, ist für tarifliche Vereinbarungen kein Raum mehr [23]). Jedoch ist darauf hinzuweisen, daß Innungen und Handwerkskammern im wesentlichen nur zum Erlaß von öffentlich-rechtlichen Vorschriften ermächtigt sind. Sie bilden also für die Vertragsfreiheit der Tarifparteien praktisch kein Hindernis [24]), da diese nur privates Recht schaffen. Soweit Innungen und Handwerkskammern privatrechtliche Beziehungen regeln, müssen sie hinter tariflichen Vereinbarungen zurücktreten [25]). Nur insofern ist dieser Grundsatz einzuschränken, als die Handwerkskammern kraft ausdrücklicher Ermächtigung [26]) die

[21]) Für kfm. Lehrlinge: §§ 76 ff. HGB., für gewerbliche: §§ 126 ff. GEWO. u. a.

[22]) Vgl. z. B. GewO. §§ 81a Nr. 3, 81b Nr. 1, 103e Nr. 1.

[23]) Dechant, ArbR. 1924 S. 56.

[24]) RAG. Bensh. S. 2 Nr. 45; 4 Nr. 34; Dersch S. 85 zu d.

[25]) Nipperdey, a. a. O., § 13 VIII 2 a; RAG. Bensh. S. 14, 118.

[26]) § 130 Abs. 2 GewO.

Dauer der Lehrzeit vorschreiben dürfen, sodaß auch die Tarifparteien daran gebunden sind und einem abweichenden Willen nicht zur Geltung verhelfen können [27]).

Immerhin bleibt den Tarifparteien noch ein weites Betätigungsfeld, und zwar nicht nur in bezug auf Abschluß, sondern auch in bezug auf Inhalt von Lehrverträgen. Insbesondere sind sie befugt, die Zahl der Lehrlinge für Einzelbetriebe festzusetzen, obwohl sonst nach § 128 Abs. 2 GewO. in Verbindung mit § 3 des Übergangsgesetzes vom 4. März 1919 (RGBl. S. 285) und RVerf. 1919 Art. 179 Abs. 2 dazu nur die Reichsregierung und die Landeszentralbehörden ermächtigt sind.

Die Pflicht zur Ausbildung obliegt dem Arbeitgeber auch bei den sog. Volontärverträgen (§ 82a HGB.). Daher ist auch bei ihnen die Frage, ob man es mit einem tariflicher Regelung zugänglichen Arbeitsverhältnis zu tun hat, zweifelhaft. Man wird darauf abzustellen haben, ob für den Volontär neben dem Recht auf Ausbildung zugleich auch die Pflicht zur Arbeitsleistung begründet ist. Nur insoweit besteht die Möglichkeit zu tariflicher Regelung, da nur insoweit ein „Arbeitsverhältnis" vorhanden ist [28]). Letzteres ergibt sich daraus, daß der Volontär in diesem Fall wie jeder andere Arbeitnehmer in einen fremden Betrieb eingegliedert ist und abhängige Arbeit leistet; auf die Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung dürfte es für die Zulässigkeit tariflicher Vereinbarungen nicht ausschlaggebend ankommen [29]).

Was den Umfang der Tarifvereinbarungen der Gegenwart anbelangt, so bieten sie ein buntes Bild von Arbeitsbedingungen, obwohl eine ausführliche oder gar erschöpfende Regelung für den Begriff des Tarifvertrages nicht erforderlich ist. Dieser braucht nicht einmal Bestimmungen über die Höhe der Vergütung zu enthalten. Die Tarifparteien können vielmehr deren Festsetzung gemäß BGB. §§ 315 ff. dritten Personen oder den Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses überlassen [30]). Verzichten sie aber überhaupt auf die Aufstellung arbeitsrechtlicher Normen, so kann andererseits von einem

---

[27]) Dersch, a. a. O., S. 248 Note 3.

[28]) Jacobi, a. a. O., S. 64; Dersch-Volkmar, a. a. O., § 5 Anm. 4b; Groh, SchliW. 1931 Sp. 181; Nipperdey, a. a. O., § 9 I 3 c; Hueck, Lehrb. Bd. I § 69 Abs. 1, § 8 IV 1 zu Anm. 34; RAG. Bensh. S. 7 S. 485. Dagegen u. a.: Mansfeld, Schmincke-Sell, s. folgende Anm.

[29]) a. A. Mansfeld, a. a. O., § 11, 2d; Schmincke-Sell, a. a. O., Anm. 6 zu § 5. Dagegen aber die wohl h. L., insbes. Jacobi, a. a O., S. 64; Dersch-Volkmar, a. a. O., § 5 Anm. 4 b und andere (s. Anm. 33).

[30]) RAG. JW. 1932, 127.

Tarifvertrage im technischen Sinne keine Rede sein [31]). Es genügt aber, daß die Normierung überhaupt Arbeitsbedingungen zum Gegenstande hat.

Daher steht nichts im Wege, daß die Tarifparteien lediglich bestimmte Arbeitsverhältnisse mit allen sich daraus ergebenden Wirkungen ordnen [32]). Die gegenteilige Auffassung [33]) wird im wesentlichen auf den Wortlaut des § 1 TVO., der allgemein von „Arbeitsverträgen" handelt, und auf die ausländische Gesetzgebung gestützt. Sie verdient aber keinen Beifall, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Wortlaut einer Gesetzesvorschrift für sich allein zur Erforschung des gesetzgeberischen Willens ebensowenig ein zuverlässiges Mittel bildet wie die ausländische Gesetzgebung. Außerdem ist kein praktisches Bedürfnis vorhanden, die Tarifparteien gegen ihren Willen an der Regelung konkreter Arbeitsverhältnisse zu hindern. Schließlich gibt der Hauptvertreter der Gegenmeinung [33]) selbst zu, daß die TVO. die Ansicht, nur allgemein gehaltene Bestimmungen seien im Tarifvertrage möglich, bloß „verhüllt" zum Ausdruck bringe. Er hat keine Bedenken dagegen, daß die allgemeine Regelung praktisch nur auf ein Einzelarbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt, läßt es auch genügen, wenn der Tarifvertrag überhaupt nur eine einzige allgemeine Regel enthält. Dann ist aber auch nicht einzusehen, warum die Tarifparteien nicht gleich von vornherein in der Lage sein sollten, ihre Willensfreiheit nur hinsichtlich bestimmter Arbeitsverhältnisse zur Geltung zu bringen.

Da die Normsetzungsbefugnis sich nur auf Bedingungen erstrecken kann, die dazu bestimmt und geeignet sind, Inhalt von Einzelarbeitsverträgen zu werden [34]), können die Tarifparteien nicht etwa mit normativer Wirkung vorschreiben, daß mündlich zustandegekommene Arbeitsverträge ungültig seien. Denn eine solche Bestimmung würde lediglich die Art des Zustandekommens, d. h. die Form des Rechtsgeschäfts, nicht aber den Inhalt von Arbeitsverträgen betreffen. Sie bildet deshalb keine Arbeitsbedingung und kann folglich auch nicht Gegenstand normativer Wirkung sein [35]).

[31]) Molitor, a. a. O., S. 62, unter Hinweis auf RGZ. 111, 166 ff.; Jacobi, a. a. O., S. 186; Dersch, a. a. O., S. 45 oben. Dagegen Nipperdey, a. a. O., § 5 I 3 b.

[32]) Nipperdey, a. a. O., § 9 I 4b; RAG. Bensh. S. 11 S. 385. Anders ist die Rechtslage bei der Betriebsvereinbarung: Jacobi, a. a. O., S. 287, Bache, a. a. O., S. 19.

[33]) Besonders Jacobi, a. a. O., S. 185, 186; ferner im Ergebnis, Dechant, a. a. O. S. 97, den aber bereits Jacobi (Anm. 7 zu § 12) widerlegt.

[34]) s. as S. 25 zu Anm. 4.

[35]) Jacobi, a. a. O., S. 195 Anm. 44; RAG. Bensh. 11, 42 und 43 u. a. Dagegen Kaskel, NZfAR. 1922 Sp. 401 Anm. 10; Dechant, a. a. O., S. 105.

Über die Bedeutung der Klausel: „Unter den Tarifvertrag fallen nur schriftliche Arbeitsverträge“ wird an anderer Stelle [36]) Näheres auszuführen sein.

2. Der schuldrechtlich wirkende Inhalt von Tarifverträgen ist zu vielseitig, als daß hier auf ihn näher eingegangen werden könnte. Einzelne schuldrechtliche Abmachungen werden weiter unten zu erörtern sein.

3. Abgesehen von der Friedens- und der Durchführungspflicht — die ihren Inhalt auch ohne entsprechende Willenserklärung der Parteien aus den normativ wirkenden Bestimmungen des Tarifvertrages empfangen — richtet sich die Art der Wirkung einer Tarifbestimmung in erster Linie nach dem Willen der Parteien [37]). Daher haben es die Tarifparteien in der Hand, gewisse Vereinbarungen sowohl mit normativer als auch mit schuldrechtlicher Wirkung auszustatten [38]).

Dahin gehören kollektiv gedachte Abmachungen, die dem einzelnen Arbeitnehmer nur deshalb zugute kommen sollen, weil er einem der kollektiven Regelung unterliegenden Personenkreis angehört. Praktische Beispiele hierfür bilden die Abreden betreffend Einrichtungen zur sog. Betriebswohlfahrt, insbesondere zur Vermeidung von Gefahren bei der Arbeitsleistung usw.

Durch eine solche Vereinbarung wird zunächst eine kollektive Verpflichtung unter den Tarifparteien herbeigeführt, sodaß die Klausel insoweit obligatorische Wirkung hat. Darüber hinaus kann die Klausel normative Wirkung äußern, wenn nämlich die Erfüllung der Abrede nach dem Willen der Tarifparteien eine Voraussetzung für die Erfüllung der Arbeitspflicht sein soll. Ebenso kann eine Vereinbarung, wonach alle Streitigkeiten vor einer Schiedsstelle zum Austrag kommen sollen, als normativ wirkende Schiedsvertrags- und gleichzeitig als obligatorisch wirkende Schlichtungsklausel gewollt sein [39]); nämlich wenn nicht nur Streitigkeiten zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses, sondern auch Streitigkeiten zwischen den Tarifparteien der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen sein sollen.

[36]) s. unten S. 55 zu Anm. 5.

[37]) Nipperdey, a. a. O., § 9 I 6; a. A. Bache, a. a. O., S. 21, der unter Außerachtlassung des Grundsatzes des § 133 BGB. die Unterscheidung nach der Form empfiehlt, in welche die Tarifparteien ihren Willen gekleidet haben.

[38]) Dersch, a. a. O., S. 46 zu Anm. 4; Nipperdey, a. a. O., § 9 I 5 c (S. 74).

[39]) Dersch, a. a. O., S. 46 zu Anm. 4; RAG. Bensh. S. 6, 550.

Auch innerhalb der Betriebsvereinbarung hat man die normativ wirkenden Abreden von den nur schuldrechtlich wirkenden zu unterscheiden.

Zu den ersteren gehören alle Bestimmungen, welche Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne betreffen [40]). Sie werden durch Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung geschaffen und äußern innerhalb des Betriebes verbindliche Kraft, sofern sie nicht zu zwingenden gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch treten [41]). Wie beim Tarifvertrage haben die normativ gestalteten Bestimmungen der Betriebsvereinbarung unmittelbare Wirkung [42]). Streitig ist, ob sie durch Einzelabrede abgeändert werden können [43]). Eine nähere Stellungnahme hierzu erübrigt sich jedoch deshalb, weil die Meinungsverschiedenheit nur die individualistische Vertragsfreiheit betrifft und diese nicht zum Gegenstand der Aufgabe gehört.

Wohl aber bedarf es eines Eingehens auf die Streitfrage, ob jede Betriebsvereinbarung mit normativ wirkendem Inhalt ausgestattet werden muß. Das wird man verneinen müssen [44]).

Diese Auffassung beruht auf der Erwägung, daß dem Betriebsrätegesetz auch rein schuldrechtlich wirkende Betriebsvereinbarungen geläufig sind. Man denke z. B. an Vereinbarungen über Einigungs-

---

[40]) Insoweit hat man es mit einer „Normenvereinbarung" zu tun: Nipperdey, a. a. O., § 33 V 2b.

[41]) Wenn der Grundsatz des § 134 c Abs. 1 GewO. schon bei der Arbeitsordnung, der wichtigsten Art normativ wirkender Betriebsvereinbarungen, Platz greift, muß er erst recht bei anderen Betriebsvereinbarungen gelten. (Bache, a. a. O., S. 109). Auch § 134 BGB. dürfte der Gültigkeit entgegenstehen, besonders wenn man mit Nipperdey (a. a. O., § 33 zu Anm. 48 Dersch (a. a. O. S. 133) u. a. der Betriebsvereinbarung privatrechtliche Bedeutung beimißt.

[42]) Das Wesen der Unmittelbarkeit ist streitig: Nipperdey, JW. 31 89—91; Jacobi, a. a. O., S. 329—330, s. auch unten § 12 I.

[43]) Dagegen: Flatow, a. a. O., S. 307, Jacobi, a. a. O. S. 306/7. Dafür mit Recht die h. L., vor allem wegen Fehlens einer dem § 1 Abs. 1 TVO entsprechenden Vorschrift; so: RAG. Bensh.S. 5, S. 73; Mansfeld, a. a. O S. 311; Nipperdey, a. a. O., § 34 V I. 2, Bache, a. a. O., S. 86. 88.

[44]) Auf dem gleichen Standpunkt steht die h. L.: Nipperdey, a. a. O § 33 IV 4 Anm. 40 ff. mit weiteren Nachweisen. Von den Anhängern dieser Lehre wollen allerdings einige, z. B. Sinzheimer, a. a. O., S. 51, verpflichtende Betriebsvereinbarungen nur anerkennen, wenn sie sich auf die ausdrücklich im Gesetz erwähnten Fälle beziehen. Gegen die Anerkennung verpflichtender Betriebsvereinbarungen überhaupt: Jacobi, a. a. O., S. 307 Hiller, a. a. O., S. 36, die aber schon Nipperdey überzeugend widerlegt.

oder Schiedsstellen (§ 66 Ziff. 3), über Betriebswohlfahrtseinrichtungen (§ 66 Ziff. 9), über Sprechstunden der Betriebsvertretung (§ 76 S. 2) und schließlich an die Einstellungsrichtlinien (§ 78 Ziff. 8). Derartige Vereinbarungen beziehen sich nicht auf Arbeitsbedingungen, sondern betreffen das Verhältnis der Parteien der Betriebsvereinbarung zueinander.

Es steht daher in dem freien Belieben der Beteiligten, ob sie die Betriebsvereinbarung mit rein schuldrechtlicher oder normativer Wirkung ausstatten oder beide verbinden [45]). Nur insofern ist eine Einschränkung zu machen, als ebenso wie beim Tarifvertrage auch bei der rein normativ gestalteten Betriebsvereinbarung die schuldrechtlich wirkende Erfüllungspflicht ohne besondere Abrede keinen notwendigen Inhalt der Gesamtvereinbarung bildet [46]).

Innerhalb des Betriebsvereinbarungsrechts ist das Prinzip der Vertragsfreiheit aber nur in den Grenzen anzuerkennen, die das Betriebsrätegesetz selbst gezogen hat. Denn die Befugnisse der Betriebsvertretung sind dort des näheren gesetzlich geregelt. Ihre Vertretungsmacht findet Inhalt und Begrenzung deshalb unmittelbar in dem Betriebsrätegesetz [47]); sie ergibt sich im wesentlichen aus dem Zusammenhalt der §§ 1, 66, 78 BRG. Daraus folgt, daß Vereinbarungen, die über diesen Rahmen hinausgehen, nicht als Betriebsvereinbarungen anzusehen sind. Daher läßt sich — um ein Beispiel zu geben — eine Beteiligung der Belegschaft an der Beschaffung von Rohmaterialien nicht im Wege einer Betriebsvereinbarung erreichen [48]). Denn die Betriebsvertretung kann immer nur solche Verpflichtungen festlegen, die den Zweck haben, Erschütterungen von dem Betrieb fernzuhalten und die betrieblichen Belange der Belegschaft zu wahren [49]).

Aus diesem Grunde ist es andererseits möglich, sowohl die Geschäftsführung und den Aufgabenkreis der Betriebsvertretung als auch die Errichtung einer Schlichtungsstelle zur Erledigung und Beilegung von Gesamtstreitigkeiten des Betriebes zum Gegenstand von Betriebsvereinbarungen zu machen, sofern diese inhaltlich den durch das Betriebsrätegesetz gezogenen Rahmen nicht überschreiten.

Die Errichtung einer Schlichtungsstelle wird im BRG. (§§ 66 Ziff. 3—4, 78 Ziff. 1—5) vorausgesetzt, sodaß eine darauf gerichtete Vereinbarung auch anerkannt werden muß [50]).

---

[45]) Nipperdey, a. a. O., § 33 I 4 a.

[46]) Nipperdey, a. a. O., § 33 IV 4 (S. 372).

[47]) Jacobi, a. a. O., S. 347.

[48]) Hiller, a. a. O., S. 29.

[49]) Bache, a. a. O., S. 30.

[50]) Feig-Sitzler, a. a. O., Bem. 4 zu § 66; a. A. Jacobi, a. a. O., S. 305/316. Gegen ihn mit guten Gründen Nipperdey, a. a. O., Anm. 42 zu § 33.

Dafür, daß Geschäftsführung und Aufgabenkreis zum Inhalt von Betriebsvereinbarungen erhoben werden können [51]), spricht zunächst der Umstand, daß gemäß § 66 Nr. 3 BRG. bei „Streitigkeiten des Betriebsrats" der Schlichtungsausschuß oder eine vereinbarte Einigungs- bezw. Schiedsstelle erst dann von dem Betriebsrat anzurufen ist, wenn er mit dem Arbeitgeber keine Einigung erzielen konnte. Zu solchen „Streitigkeiten des Betriebsrats" können aber auch Meinungsverschiedenheiten über Geschäftsführung und Aufgabenkreis der Betriebsvertretung gehören [52]). Außerdem ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber den Parteien der Betriebsvereinbarung, die sich über Angelegenheiten, welche streitig sind oder streitig werden können, für den Betriebsbereich kollektiv einigen möchten, diese Möglichkeit versagen wollte. Aus dem Umstande, daß er der Betriebsvertretung nur einen beschränkten Aufgabenkreis zugewiesen hat, kann diese Einschränkung der Vertragsfreiheit jedenfalls nicht gefolgert werden.

Eine allgemeine Bindung für die Schöpfer von Betriebsvereinbarungen besteht insofern, als die gesetzlich umschriebenen Rechte der Betriebsvertretung auch durch ausdrückliche Abrede nicht gemindert werden können. Denn die entsprechenden Bestimmungen des BRG. sind zwingender Natur [53]).

Andererseits können die gesetzlichen Befugnisse der Betriebsvertretung erweitert werden. Eine derartige Erweiterung ist im Gesetz nicht untersagt. Sie kann sogar im Einzelfalle zur ordnungsmäßigen Erfüllung der Aufgaben der Betriebsvertretung — Wahrung der wirtschaftlichen Belange der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber und Unterstützung desselben in betrieblicher Hinsicht (§ 1 BRG.) — n o t w e n d i g sein. Daher könnte z. B. eine Vereinbarung des Inhalts getroffen werden, daß die Wirksamkeit von Kündigungen g a n z a l l g e m e i n von Zustimmung der Betriebsvertretung abhängig sein soll [54]).

---

[51]) Kaskel, a. a. O. S. 62; Dersch, a. a. O. S. 135/6; a. A. Jacobi, S. 304 ff.

[52]) Nipperdey, a. a. O., § 33 IV 4 (S. 373); a. A. Hiller, a. a. O., S. 36, weil keine Einigung über „materielle" Grundlagen des Arbeitsverhältnisses vorliege.

[53]) Mansfeld, a. a. O., Bem. 3 vor § 66 S. 296.

[54]) Kaskel, a. a. O., S. 290 Anm. 3; Dersch, a. a. O., S. 331 Anm. 2; Bache, a. a. O., S. 18, leugnet es, da die Regelung in § 1 BRG. (gemeint ist damit wohl § 66 Nr. 1) nur einschränkend auszulegen sei. Dieser Standpunkt ist aber inkonsequent, da er a. a. O. Anm. 4 eine „über das gesetzliche Maß hinausgehende Ausgestaltung" der Mitwirkungsrechte für zulässig hält.

§ 8.

Das Verhältnis der Gesamtvereinbarungen zueinander.

Die Gesamtvereinbarungen des kollektiven Arbeitsrechts führen ein selbständiges Dasein. Dennoch unterhalten sie gewisse Beziehungen zueinander. Die Klarstellung derselben ist für die gegenwärtige Untersuchung insofern von Bedeutung, als dadurch das Verhältnis der Vertragsfreiheit im Berufsvereinbarungsrecht zu derjenigen im Betriebsvereinbarungsrecht beleuchtet wird.

Es ist davon auszugehen, daß der Tarifvertrag gegenüber den Betriebsvereinbarungen den Vorrang hat [1]).

Diese Ansicht gründet sich zunächst auf die Erwägung, daß der Tarifvertrag seinem Wesen nach umfassender ist als die Betriebsvereinbarung. Er ergreift den Beruf, während die Betriebsvereinbarungen sich grundsätzlich nur auf einen Betrieb erstrecken. Ferner erkennt BRG. § 8 an, daß der Berufsverband mächtiger ist als die Betriebsvertretung. Auch aus anderen Vorschriften dieses Gesetzes ergibt sich der Vorrang des Tarifvertrages. So bestimmt es z. B. in § 66 Ziff. 5 und § 78 Ziff. 3 ausdrücklich, daß sich Betriebsvereinbarungen „im Rahmen der geltenden Tarifverträge" zu halten hätten. Allerdings bezieht sich diese Regelung ihrem Wortlaute nach nur auf Dienstvorschriften, zu denen nach der Fassung des § 78 Nr. 3 BRG. auch die Arbeitsordnung gehört. Es ist jedoch kein Bedenken gegen die ausdehnende Auslegung des Gesetzes ersichtlich. Daher muß die für Dienstvorschriften geltende Regelung auch auf andere Betriebsvereinbarungen entsprechend anwendbar sein [2]).

Die Gültigkeit von Betriebsvereinbarungen hängt deshalb davon ab, daß ihnen ein nicht tarifwidriger Inhalt innewohnt. Anderenfalls ist die in Frage kommende Abrede nichtig [3]). Diese Rechtsfolge ist hinsichtlich der Arbeitsordnung in GewO. § 134 c Abs. 1 besonders ausgesprochen; im übrigen ergibt sie sich aus § 134 BGB. [4]).

Die Tarifparteien sind also grundsätzlich in der Lage, die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Betriebsvertretung zu beeinträchtigen, sie unter Umständen sogar vollkommen auszuschalten [5]). Dementsprechend gelangt man zu der Auffassung, daß die Vertragsfrei-

---

[1]) Dersch, SchliVo., S. 168; ders. S. 84 (Lehrb.): Nipperdey, a. a. O., § 38 II und überhaupt die h. L.

[2]) Ebenso Nipperdey, a. a. O., § 38 II.

[3]) Dersch, a. a. O., S. 84.

[4]) s. S. 32 Anm. 41.

[5]) Dersch, a. a. O., S. 84 zu Anm. 7; RAG. Bensh.S. Bd. 7 S. 97.

heit im Berufsvereinbarungsrecht derjenigen im Betriebsvereinbarungsrecht vorgeht.

Für Betriebsvereinbarungen bleibt hiernach nur Raum, soweit nicht schon eine erschöpfende tarifliche Regelung vorliegt [6]). Dieser Grundsatz gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Betriebsvereinbarung im Wege freiwilliger Willenseinigung oder durch Schiedsspruch entstanden ist.

Die Möglichkeit zu einer vom Tarifvertrag abweichenden Regelung besteht zunächst bei abdingbaren Tarifabreden [7]). Ihr Wesen besteht gerade darin, daß sie abweichende Vereinbarungen zulassen. Die TVO. (§ 1 Abs. 1 S. 2) erkennt abdingbare Tarifbestimmungen ausdrücklich an. Allerdings könnten Zweifel darüber entstehen, ob die Abweichung nur durch Einzelabrede erfolgen kann. Daran denkt § 1 TVO. wohl in erster Linie, da der TVO. das Institut der Betriebsvereinbarung noch nicht geläufig ist. Es ist jedoch zu bedenken, daß dem kollektiven Gestaltungswillen eine stärkere Kraft innewohnt als dem individuellen. Diese Erwägung führt dazu, auch abweichende Betriebsvereinbarungen anzuerkennen. Was der Einzelwille vermag, muß erst recht dem Gruppenwillen möglich sein.

Die Befugnis zu einer vom Tarifvertrage abweichenden Betriebsvereinbarung stellt aber nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatze dar, daß der Vertragsfreiheit im Berufsvereinbarungsrecht der Vorrang gebühre. Denn in Wahrheit findet die Zulässigkeit der betrieblichen Vereinbarung letzten Endes doch in der tariflichen Regelung ihre Grundlage, erfolgt also gewissermaßen mit „Ermächtigung" der Tarifparteien, indem die Tarifbestimmungen abdingbar gestaltet werden. Wäre dies nicht der Fall, so könnte sich der Gestaltungswille der Betriebsvereinbarungsparteien nicht erfolgreich betätigen. Daher sind bei Vorhandensein einer entsprechenden „Ermächtigung" Bedenken gegen die Gültigkeit einer Vereinbarung, welche die tariflich vorgesehenen Arbeitspausen verlängert, nicht zu erheben.

Der Grundsatz, daß Betriebsvereinbarungen inhaltlich der tariflichen Normierung nicht zuwiderlaufen dürfen [8]), gilt ferner nicht für den Fall, daß dadurch Arbeitnehmer gegenüber dem Tarifvertrage bessergestellt werden und die Besserstellung nicht

---

[6]) Dersch, a. a. O., S. 83.

[7]) Joerges, SchliW. 1926, 23; Jacobi, a. a. O., S. 358; Feig-Sitzler, a. a. O., Anm. 3 d zu § 78. Dagegen Dersch, SchliVO. S. 169, 177.

[8]) Jacobi, a. a. O., S. 353.

durch Tarifvertrag ausgeschlossen ist[9]). Ohne ausdrücklichen Ausschluß könnten gemäß § 1 Abs. 1 TVO. jedenfalls durch Einzelabrede Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Auch hier kommt die Erwägung in Betracht, daß dazu erst recht die stärkere Gesamtvereinbarung imstande sein muß.

Der Wortlaut des §§ 78 Nr. 2 und 3 BRG. bildet kein unüberwindliches Hindernis für diese Anschauung. Mit der „tariflichen Regelung", die in diesen Bestimmungen vorausgesetzt wird, kann nur die dem § 1 Abs. 1 TVO. entsprechende gemeint sein. Wenn die Tarifparteien auch die Besserstellung der Arbeitnehmer verhindern wollen, so steht es ihnen frei, eine dahingehende Willenseinigung im Tarifvertrage selbst zum Ausdruck zu bringen. Solange dies aber nicht geschehen ist, können sie gemäß § 1 Abs. 1 TVO. die Besserstellung der Arbeitnehmer nicht vereiteln.

In gewissen Fällen ist sogar nur eine Betriebsvereinbarung fähig, günstigere Arbeitsbedingungen zu schaffen, so z. B. wenn in tariflichen Arbeitszeitbestimmungen die in einzelnen Betrieben geltende günstigere Regelung der Arbeitszeit aufrecht erhalten wird. Damit kann nur die in einer Betriebsvereinbarung enthaltene Regelung gemeint sein[10]).

Vermöge ihrer stärkeren Vertragsfreiheit sind die Tarifparteien in der Lage, eine ihnen nicht zusagende Arbeitsordnung zu beseitigen. Dazu ist allerdings eine Tarifvereinbarung (i. S. der TVO.) erforderlich. Mit ihrem Inkrafttreten wird, sofern sie nicht selbst etwas anderes bestimmt, der ihr zuwiderlaufende Inhalt der Arbeitsordnung gemäß § 134c Abs. 1 GewO. von selbst wirkungslos. Zwar handelt diese Vorschrift nur von „Gesetzen". Aber der Tarifvertrag hat seit der TVO. gesetzesähnliche Kraft. Daher ist es gerechtfertigt, jetzt auch den Tarifvertrag zu den „Gesetzen" i. S. des § 134c a. a. O. zu rechnen[11]).

Hinsichtlich der Arbeitsordnung ist jedoch die stärkere Wirkung der Vertragsfreiheit im Berufsvereinbarungsrecht nur bedingt anerkannt. Denn die Schaffung einer gesetzmäßigen Arbeitsordnung ist gemäß § 104 IV BRG. ein höchstpersönliches Recht von

---

[9]) a. A. unter Berufung auf § 78 Ziff. 2 u. 3 Dersch, a. a. O., S. 186; Oertmann, a. a. O., S. 87; Jacobi, a. a. O., S. 359. Wie hier mit Recht: Erdel, SchliW. 1926 Sp. 82, zustimmend Joerges, a. a. O., S. 83, Sinzheimer, a. a. O., S. 240, Landmann-Rohmer, a. a. O., § 134a Anm. 1b; RAG. Bensh.S. Bd. 9 S. 140.

[10]) RAG. Bensh.S. Bd. 4 S. 184; 5, 437; Nipperdey, a. a. O., § 23 Note 3.

[11]) Oertmann, a. a. O., S. 87; Jacobi, a. a. O., S. 366. Die Gleichstellung mit staatlichen Normen kommt auch in § 73 Abs. 1 AGG. zum Ausdruck.

Arbeitgeber und Betriebsvertretung, das nur in der Form der Betriebsvereinbarung ausgeübt werden kann. Die tariflich festgesetzte [12]) Arbeitsordnung ist noch keine gesetzmäßige. Diese Bedeutung erlangt sie vielmehr erst durch Erlaß in den einzelnen Betrieben [13]), d. h. gemäß § 134 a Abs. 1 S. 3 GewO. durch Aushang.

Streitig ist, ob der Tarifvertrag die Arbeitsordnung ersetzen kann [14]). Diese Frage wird besonders praktisch bei Entlassungsgründen, die nicht unter § 123 oder § 124 GewO. fallen, und Strafen. Sie ist aus mehreren Gründen zu verneinen:

Zunächst läßt § 134 c Abs. 2 GewO. — abgesehen von den Fällen der §§ 123/124 GewO. — nur solche außerordentlichen Entlassungsgründe zu, die in der Arbeitsordnung niedergelegt sind. Vom „Tarifvertrag" ist nicht die Rede, obwohl die GewO. durch § 104 BRG. verschiedene Änderungen erfahren hat, die also jüngeren Datums sind als die TVO. Schon daraus ist zu entnehmen, daß der Tarifvertrag nach dem Willen des Gesetzgebers die Arbeitsordnung nicht ersetzen kann. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Arbeitsordnung behördlicher Nachprüfung unterliegt. Ihr Inhalt erscheint dem Gesetzgeber so wichtig, daß er den Beteiligten bei der Ausgestaltung der Arbeitsordnung nicht völlig freie Hand lassen wollte. Dazu kommt, daß zum Schutze des Arbeitnehmers besondere gesetzliche Vorschriften über Zustandekommen und Inhalt der Arbeitsordnung bestehen. Sinn und Zweck der §§ 134 c Abs. 2 und 134 e GewO. gehen erkennbar dahin, dem Arbeitnehmer die zur Bestrafung und Entlassung geeigneten Umstände dauernd vor Augen zu halten. Der Inhalt der Arbeitsordnung ist den Arbeitnehmern im allgemeinen besser bekannt als der Inhalt eines Tarifvertrages, weil sie an einer leicht zugänglichen Stelle auszuhängen und in einem Exemplar jedem Arbeitnehmer bei Eintritt in die Beschäftigung zu übergeben ist (§ 134 e Abs. 2 GewO.). Schließlich ist auch aus den Bestimmungen der §§ 148 Abs. 1, 134 c Abs. 1 GewO., die den Arbeitgeber ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Tarifvertrages zur Einreichung einer Arbeitsordnung verpflichten, zu folgern, daß der Tarifvertrag keinen hinreichenden Ersatz für die Arbeitsordnung bilden soll.

Eine Vereinbarung, die auf Änderung der in § 134 c Abs. 2 GewO. getroffenen Regelung gerichtet ist, kann keine rechtliche Wir-

---

[12]) Beispiele: RAG. Bensh.S. Bd. 5 S. 205; Bd. 7 S. 203; Bd. 9 S. 82.

[13]) Jacobi, a. a. O., S. 363; Nipperdey, a. a. O., § 38 III.

[14]) Bejahend Bache, a. a. O., S. 127/128, Nipperdey, a. a. O., § 38 II 4; LG. Essen, JW. 1927, 296: weil der TV. die TO. ersetzen „wolle". Dagegen aber mit Recht die wohl h. L.: Jacobi, a. a. O., S. 359 ff.; Molitor, NZfAR. 1924 Sp. 325 ff.; Lutz Richter, JW. 1927 S. 296.

kung auslösen, da die genannte Vorschrift zwingendes Recht darstellt und solche Normen auch durch Gesamtvereinbarung nicht beseitigt werden können [15]).

Schuldrechtlich wirkende Abreden im Tarifvertrage, die zur Schaffung von Betriebsvereinbarungen bestimmten Inhalts verpflichten, sind zulässig und wirksam [16]). Indessen ist eine Betriebsvereinbarung, deren Inhalt damit nicht übereinstimmt, nicht ohne weiteres ungültig, mag sie nun normativ oder obligatorisch gestaltet worden sein. Denn nach allgemeinen Regeln hindern schuldrechtliche Bindungen nicht den Abschluß widersprechender Rechtsgeschäfte.

§ 9.

Gesamt- und Einzelschiedsklausel.

Auch über die Art der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten können vermöge der Vertragsfreiheit Vereinbarungen getroffen werden. Das geschieht regelmäßig in der Weise, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit durch Parteiabrede ausgeschlossen wird. Derartige Vereinbarungen erkennt der Staat in gewissen Fällen an (§ 1025 ZPO.), weil die Entgegennahme des Rechtsschutzes in vermögensrechtlichen Streitigkeiten keine Pflicht, sondern nur ein Recht ist [1]).

Diese Möglichkeit bestand für die Parteien des Arbeitsverhältnisses schon vor Erlaß des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. 12. 1926, das den eigenartigen Bedürfnissen des Arbeitslebens hinsichtlich des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit Rechnung trägt und nunmehr die Grundlage für die tariflichen Schiedsklauseln bildet.

Man hat zwischen Gesamt- und Einzelschiedsklausel zu unterscheiden [2]). Die Einzelschiedsklausel betrifft nur Streitigkeiten aus tarifunterworfenen Arbeitsverhältnissen. Sie gehört zum Inhalt des Arbeitsvertrages und ist daher Arbeitsbedingung i. S. der TVO. [3]).

Die Gesamtschiedsklausel dagegen hat Streitigkeiten zwischen den Parteien des Tarifvertrages oder zwischen diesen und Dritten zum Gegenstande.

---

[15]) Jacobi, a. a. O., S. 361.

[16]) Potthoff, SchliW., 1931 Sp. 387.

[1]) Daher spricht man auch von „Anspruch" auf Rechtsschutz: Goldschmidt, a. a. O., § 1 Nr. 1 b.

[2]) Die Einzelschiedsklausel kann einen vierfachen Inhalt aufweisen: Schieds-, Güte-, Schiedsgutachtenvereinbarung und arbeitsvertragliche Bestimmungsklausel. Näheres darüber Nipperdey, a. a. O., § 9 V.

[3]) Jacobi, a. a. O., S. 193; Dersch-Volkmar, 4. Aufl., Anm. 3a Abs. 4 zu § 91.

Seit Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes sind allein die Tarifparteien in der Lage, Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen, einschließlich der Lehrlingsverhältnisse, der Entscheidung durch Arbeitsgerichte zu entziehen. (§ 91 Abs. 1 AGG.). Die ihnen hiernach zustehende Vertragsfreiheit kann in der Weise ausgenutzt werden, daß sie im Tarifvertrage ausdrücklich die Zuständigkeit von Schiedsgerichten vereinbaren. Dagegen haben die Träger des einzelnen Arbeitsverhältnisses nicht mehr die Möglichkeit, die staatliche Gerichtsbarkeit auszuschließen, es sei denn, daß der beteiligte Arbeitnehmer Angestellter ist und ein die Grenze der Versicherungspflicht übersteigendes Einkommen hat (§ 91 Abs. 2 Ziff. 2 AGG.). In dem gesetzlichen Ausschluß der Einzelvereinbarung liegt eine Ausnahme von dem Grundsatze[4]), daß tariflicher Vereinbarung alles zugänglich sei, was im Einzelfalle von Arbeitgeber und Arbeitnehmer verabredet werden könne. Man hat es hier mit einer Erweiterung zugunsten der kollektivrechtlichen Vertragsfreiheit zu tun.

Eine tarifliche Vereinbarung, die den Einzelparteien das Recht einräumen oder gar die Pflicht auferlegen würde, ihrerseits eine Schiedsvereinbarung zu treffen, wäre — sofern nicht ausnahmsweise die Erfordernisse des § 91 Abs. 2 Ziffer 2 AGG. erfüllt sind — nichtig. Denn das AGG. hat den Parteien des einzelnen Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit zur Vereinbarung von Schiedsklauseln genommen; und eine Ermächtigung für die Berufsverbände, die Einzelparteien von zwingenden Gesetzesvorschriften zu befreien, liegt nicht vor.

Eine weitere Bindung besteht für die Tarifparteien insofern, als die Schiedsklausel nicht auf solche Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ausgedehnt werden darf, die nicht Mitglied einer vertragschließenden Vereinigung und dem Tarifvertrage nur infolge der Allgemeinverbindlicherklärung unterworfen sind (§ 91 Abs. 1 S. 2 AGG.). Die Gültigkeit einer entgegenstehenden Tarifbestimmung würde an § 134 BGB. scheitern.

Eine weitere Beschränkung der kollektiven Gestaltungsfreiheit zeigt sich darin, daß die Tarifparteien für die Fälle des § 2 AGG. nicht die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründen können; denn nach § 2 a. a. O. sind insoweit die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig[5]).

Während die Gesamtschiedsklausel nur schuldrechtliche Bedeutung hat, nimmt die Einzelschiedsklausel als Arbeitsbedingung ge-

---

[4]) Dersch, a. a. O., S. 87; Nipperdey, a. a. O., 9 Anm. 114.

[5]) Hueck, Lehrb. Bd. II, § 89 I. Dersch-Volkmar, a. a. O., 4. Aufl. Anm. 3 a zu § 91.

mäß § 1 Abs. 1 TVO. in gleichem Maße an der Wirkung des Tarifvertrages teil wie die übrigen normativen Bestimmungen, abgesehen von dem oben erörterten Ausnahmefall des § 91 Abs. 1 S. 2 AGG.

Im Schrifttum [6]) wird teilweise angenommen, daß die normative Wirkung der Einzelschiedsklausel lediglich auf § 91 Abs. 1 AGG. beruhe, nicht auf § 1 TVO., weil Einzelschiedsklauseln von den Arbeitsvertragsparteien nicht vereinbart werden könnten und die Vertragsfreiheit der Tarifparteien nicht größer sei.

Diese Annahme erscheint jedoch nicht zutreffend. Denn die Wirksamkeit tariflicher Bestimmungen ist nicht dadurch bedingt, daß sie auch Inhalt von Einzelverträgen werden können. Dafür spricht schon die allgemein anerkannte Erwägung, daß der Gestaltungswille einer Gesamtheit stärker ist als der Wille Einzelner. Angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hat aber die Meinungsverschiedenheit über die Quelle der Normsetzungsbefugnis nur theoretische Bedeutung.

Eine uneingeschränkte kollektive Gestaltungsfreiheit besteht auch hinsichtlich der Schiedsklausel nicht.

Zunächst streitet man darüber, ob die Tarifparteien die in §§ 86 ff. BRG. behandelte Kündigungseinspruchsklage der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen [7]) können. Trotz des Wortlauts des § 87 BRG. wird die Frage zu bejahen sein. Dafür spricht zunächst § 1 der VO. vom 5. 6. 1920 zur Ausführung des Betriebsrätegesetzes (RGBl. 1139), wonach die Wiedereinsetzung gegen die Fristversäumnis (§ 90 BRG.) durch Beschluß „des Arbeitsgerichts oder eines vereinbarten Schiedsgerichts“ zu erfolgen hat. Es besteht kein hinreichender Grund zu der Annahme, daß das Arbeitsgerichtsgesetz eine Änderung dieses Rechtszustandes herbeiführen wollte. Im Gegenteil läßt § 4 AGG., welcher den Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit durch Parteiwillkür regelt, auch hinsichtlich der Kündigungseinspruchsklage eine Schiedsvereinbarung zu, indem er die von der Kündigungseinspruchsklage handelnde Vorschrift des Arbeitsgerichtsgesetzes (§ 2 Ziff. 4 AGG.) ausdrücklich in Bezug nimmt. Ein zuverlässiger Anhaltspunkt für ein Redaktionsversehen ist nicht vorhanden. Dazu kommt schließlich die Erwägung, daß auch die Kündigungseinspruchsklage ein „bürgerlicher Rechtsstreit“ i. S. des § 91 Abs. 1 AGG. ist, da ihr ein Arbeitsverhältnis zugrundeliegt.

---

[6]) Kahn-Freund, a. a. O., S. 39 ff. Dagegen mit weiteren Gründen schon Nipperdey, a. a. O., § 9 Note 133.

[7]) Dafür u. a.: Dersch-Volkmar, a. a. O., 4. Aufl., § 91 Anm. 3; Schmincke-Sell, a. a. O., § 91 Anm. 2; Hueck, Lehrb., Bd. II § 89 I 3; Baumbach-Königsberger, AGG., 2. Aufl., § 91 Bem. 1. Dagegen u. a.: Stein-Jonas, a. a. O., Bem. VIII 2 zu § 1025; Flatow-Kahn-Freund, a. a. O., S. 516.

Zweifelhaft ist ferner, ob die kollektive Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien soweit reicht, Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern (§ 2 Ziff. 3 AGG.) der Arbeitsgerichtsbarkeit zu entziehen. Diese Möglichkeit dürfte grundsätzlich zu leugnen sein [8]).

Allerdings kann nach dem Wortlaut des § 4 AGG. auch insoweit eine Schiedsvereinbarung getroffen werden. Jedoch ist diese Vorschrift nur in Verbindung mit § 91 AGG. anwendbar, und dieser gestattet den Tarifparteien Schiedsvereinbarungen lediglich insoweit, als es sich um Arbeitsverhältnisse handelt. Überhaupt beschränkt sich der Aufgabenkreis der Tarifparteien nur auf die Regelung von Arbeitsbedingungen, also auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Hingegen liegt es ihnen nicht ob, die Rechtsbeziehungen der Arbeitnehmer untereinander zu regeln.

Eine Ausnahme wird man allerdings für Streitigkeiten aus einem sog. Gruppenakkord zulassen müssen [9]). Denn hier sind mehrere Arbeitsverhältnisse zueinander hinsichtlich des Entgelts in eine so nahe Beziehung gesetzt [10]), daß es gerechtfertigt erscheint, den Gruppenakkord als „Arbeitsverhältnis" i. S. des § 91 Abs. 1 S. 1 AGG. aufzufassen und demgemäß die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung zu bejahen.

---

[8]) h. L., insbesondere: Dersch-Volkmar, a. a. O., 4. Aufl., Anm. 4 Abs. 2 a. E.; Stein-Jonas, a. a. O., § 1025 VIII 2a; Dépène, AGG., 2. Aufl., § 91 II 1 a. Dagegen u. a. Schmincke-Sell, a. a. O., Anm. 2a zu § 91.

[9]) Dersch, a. a. O., S. 369; Hueck, Lehrb., Bd. II § 80 I 2 b, der die Schiedsvereinbarung für Gruppenarbeitsverträge überhaupt zuläßt.

[10]) Näheres über den Gruppenakkord: Dersch, S. 168 zu β; Hueck, Lehrb. Bd. I § 73 I.

Dritter Teil:
Einzelfälle der Vertragsfreiheit im Gesamtvereinbarungsrecht.

1. Abschnitt:
Abschlußfreiheit.

§ 10.
Tarifvertrag.

Die Schaffung eines Tarifvertrages liegt im Ermessen der Tarifparteien. Eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluß besteht grundsätzlich nicht. Das gilt auch für das Arbeitszeitrecht. § 2 AZVO. vom 21. Dezember 1923 i. d. F. vom 14. April 1927 ergibt, daß der Staat es dem Ermessen der Tarifparteien anheimstellt, die Arbeitszeit tariflich zu regeln. Innerhalb des Berufsvereinbarungsrechts herrscht also grundsätzlich Abschlußfreiheit [1]).

Demnach bilden die Durchführungs- und die relative Friedenspflicht stets einen notwendigen Bestandteil von Tarifverträgen [2]). Denn jene Pflichten sind nur unselbständige Erscheinungsformen der allgemeinen Vertragserfüllungspflicht, und diese ergibt sich von selbst aus der Tatsache des Vertragsschlusses. Im übrigen jedoch ist es den Tarifparteien freigestellt, ob sie ihre gegenseitigen Beziehungen überhaupt näher regeln und dazu die Form des Tarifvertrages wählen wollen [3]).

Der Grundsatz der Abschlußfreiheit erleidet in gewissen Fällen Einschränkungen, indem der Staat einen Druck auf die Willensfreiheit der Beteiligten in der Richtung ausübt, daß sie einen Tarifvertrag schaffen.

---

[1]) Vgl. Dersch, a. a. O., S. 87; Nipperdey, a. a. O., § 9 Anm. 65, § 10 III 1.

[2]) Näheres hierzu S. 75, 76 unten.

[3]) Nipperdey, a. a. O., § 5 I 3 c.

Einen praktisch bedeutsamen Eingriff in die Abschlußfreiheit der Tarifparteien stellt die Bestimmung des § 8 Abs. 1 S. 1 der AZVO. dar, wonach im Bergbau unter gewissen Voraussetzungen eine tarifliche Verkürzung der Arbeitszeit zu erfolgen hat. Aus der Fassung des Gesetzes „ist zu vereinbaren" ergibt sich, daß hier ausnahmsweise eine gesetzliche Pflicht zur Verkürzung der Arbeitszeit im Bergbau für solche Betriebspunkte besteht, deren Temperatur 28° C. übersteigt. Man hat es mit einer sog. Mußvorschrift [4]) zu tun. Für den Fall des Unterlassens einer tariflichen Regelung droht § 8 Abs. 1 S. 2 a. a. O. entsprechende Anordnungen der Bergbehörde an [5])

Ein anderes Mittel, welches die Abschlußfreiheit der Beteiligten beeinflussen soll, ist in der SchliVO. vom 30. Oktober 1923 zu erblicken. Diese schafft nämlich die Möglichkeit, einen tariflosen Zustand durch Abschluß oder Ergänzung einer Gesamtvereinbarung zu beseitigen. Sofern der Schiedsspruch für verbindlich erklärt wird, tritt dieselbe Wirkung ein, als wäre sein Inhalt von den Beteiligten freiwillig vereinbart worden [6]). Das Schlichtungsverfahren kann gemäß Art. 1 § 5 Abs. 1 SchliVO. auch von Amtswegen eingeleitet werden; jedoch soll ein derartiges Eingreifen gemäß § 12 Abs. 2 der 2. AusführungsVO. zum Schlichtungswesen vom 29. Dezember 1928 unterbleiben, wenn dafür kein öffentliches Interesse vorhanden ist.

§ 11.

Betriebsvereinbarungen.

Während das Berufsvereinbarungsrecht nur eine Gesamtvereinbarung, den Tarifvertrag, kennt, sind innerhalb des Betriebsvereinbarungsrechts vier Arten von Gesamtvereinbarungen zu unterscheiden, die in die Form der Betriebsvereinbarung gekleidet sind [1]). Die Abschlußfreiheit wird nicht überall in gleichem Umfange gewährt:

In Bezug auf Dienstvorschriften — abgesehen von der Arbeitsordnung und der Betriebsvereinbarung nach § 78 Ziff. 2 BRG., — wird allgemein [2]) mit Recht angenommen, daß ihre Entstehung grundsätzlich dem Belieben des Arbeitgebers und der Betriebsvertretung anheimgestellt ist und insoweit volle Abschlußfreiheit gilt. Ebenso ist das Zustandekommen von „Betriebsvereinbarun-

---

[4]) Kahn-Freund, a. a. O., S. 69.

[5]) Man kann eine derartige Anordnung als „Ersatzvornahme" bezeichnen.

[6]) Nipperdey, a. a. O., zu Anm. 17 zu § 3.

[1]) S. 22 unten.

[2]) Jacobi, a. a. O., S. 333; Erdel, SchliW. 1926 Sp. 83; zustimmend Joerges, daselbst Sp. 82.

gen mit verpflichtendem Inhalt“ wie bei dem Tarifvertrage dem Ermessen der Parteien überlassen [3]). Allerdings erleidet die Abschlußfreiheit für Dienstvorschriften insofern eine Einbuße, als gemäß § 75 BRG. die Möglichkeit gegeben ist, den Schlichtungsausschuß zu einer bindenden Entscheidung zu veranlassen, ohne Rücksicht darauf, ob eine gegenseitige Willensübereinstimmung vorliegt. Praktisch ist diese Vorschrift jedoch nur von untergeordneter Bedeutung.

Von größerer Wichtigkeit ist die Pflicht zum Erlaß von Dienstvorschriften beim Fehlen einer tariflichen Regelung über Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie über Pausen. Die Arbeitszeitverordnung für gewerbliche Arbeiter vom 23. November 1918 (Art. VIII) sowie die AngestAZVO. vom 18. März 1919 (§ 3), welche die Pflicht zur Vereinbarung von Dienstvorschriften festsetzen, sind durch AZVO. vom 21. Dezember 1923 (§§ 1 Abs. 1 und 14 Abs. 1) aufrechterhalten worden [4]).

Dagegen ist bei der Arbeitsordnung die Abschlußfreiheit in gewissen Fällen gänzlich beseitigt. Während der Erlaß von Dienstvorschriften, zu denen das BRG. (§ 78 Ziff. 3) auch die Arbeitsordnung rechnet, sonst grundsätzlich in das Belieben der Beteiligten gestellt ist, ist durch § 134a Abs. 1 GewO. ein öffentlich-rechtlicher Zwang zur Schaffung von Arbeitsordnungen festgesetzt. Danach muß in Betrieben, in denen regelmäßig mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden (§ 133 GewO.), eine Arbeitsordnung erlassen werden. Dieser Verpflichtung können sich Arbeitgeber und Betriebsvertretung nicht etwa unter Berufung darauf entziehen, daß bereits ein Tarifvertrag vorhanden sei, der die in Frage kommenden Arbeitsverhältnisse betreffe [5]).

Die Behörde kann den Erlaß der Arbeitsordnung erzwingen. Neuerdings ist die Pflicht zum Erlaß von Arbeitsordnungen, die ursprünglich auf den Kreis der gewerblichen Arbeiter beschränkt war, erweitert worden [6]). Daher sind nach geltendem Recht auch in den Betrieben der Landwirtschaft und des Bergbaues sowie in Unternehmen mit offenen Verkaufsstellen Arbeitsordnungen zu erlassen.

Der Wille des Gesetzgebers geht ersichtlich dahin, daß kein Betrieb, für den der Erlaß einer Arbeitsordnung vorgeschrieben ist, ohne Arbeitsordnung bleibt. Um diesen Erfolg zu erreichen, hat man

---

[3]) Jacobi, a. a. O., S. 341; Nipperdey, a. a. O., § 33 I 4 b.
[4]) Weitere Fälle bei Hoeniger, Gewerberecht, 1930, S. 330 ff.
[5]) Nipperdey, a. a. O., § 38 I 3; Jacobi, a. a. O., S. 364 und 369.
[6]) Vgl. § 139 k GewO., § 13 Vo. betr. eine vorl. Landarbeitsordnung, u. a.

— abgesehen von den Strafandrohungen der §§ 147 Abs. 1 Ziff. 5, 148 Ziff. 12, 149 Abs. 1 Ziff. 7 GewO. — auch den Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, den Schlichtungsausschuß anzurufen, wenn er keine Willenseinigung mit der Betriebsvertretung erzielen kann oder sonst eine gesetzmäßige Arbeitsordnung nicht zustandekommt.

Diese Rechtslage ist allerdings im Gesetz nicht mit klaren Worten festgelegt. Sie ergibt sich jedoch aus folgenden Erwägungen:

Gemäß § 75 Abs. 1 BRG. ist der Arbeitgeber gehalten, dem Betriebsrat einen Entwurf gemeinsamer Dienstvorschriften (§ 66 Ziff. 5 BRG.), soweit sie nicht auf Tarifvertrag beruhen, vorzulegen. Wenn keine Willensübereinstimmung zu erzielen ist, „können" nach § 75 a. a. O. sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat eine bindende Entscheidung des Schlichtungsausschusses erwirken. Diese Regelung soll nun gemäß § 80 Abs. 1 BRG. „entsprechend" anwendbar sein, wenn es sich um die Schaffung einer Arbeitsordnung handelt. Da § 75 Abs. 1 a. a. O. keine „Muß"-, sondern nur eine „Kann"-Vorschrift bildet, müßte nach der Fassung des § 80 Abs. 1 („entsprechend") angenommen werden, daß der Arbeitgeber auch hinsichtlich der Arbeitsordnung den Schlichtungsausschuß anrufen „kann", aber nicht anrufen „muß". In diesem Falle hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das Zustandekommen einer Arbeitsordnung zu vereiteln. Wenn auch der Betriebsrat von dem Anrufungsrecht keinen Gebrauch macht, würde der in Frage kommende Betrieb tatsächlich ohne Arbeitsordnung bleiben. Dieses unbefriedigende Ergebnis dürfte dem wirklichen Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen, der gerade in Bezug auf den Erlaß der Arbeitsordnung das freie Belieben des Arbeitgebers beseitigt und statt dessen eine öffentlichrechtliche Pflicht zum Erlaß festgesetzt hat (§ 134a Abs. 1 GewO.). Es ist kein Anhalt dafür gegeben, daß diese Rechtslage durch § 80 Abs. 1 BRG. eine Änderung erfahren sollte. Daher ist die lediglich auf dem Wortlaut beruhende Auslegung der §§ 80 Abs. 1, 75 Abs. 1 BRG. abzulehnen und der Wille des Gesetzgebers unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Bestimmungen zu ermitteln.

Während die Arbeitsordnung früher einseitig vom Arbeitgeber nach Anhörung der Belegschaft erlassen wurde, kommt sie jetzt gemäß § 104 Abs. 4 BRG. in Betrieben mit Betriebsvertretung durch übereinstimmende Willenserklärung von Arbeitgeber und Betriebsvertretung zustande[7]). Daher mußte für den Fall, daß keine Einigung der Beteiligten erfolgt, eine Möglichkeit geschaffen werden, daß eine andere Stelle die Arbeitsordnung er-

[7]) Jacobi, a. a. O., S. 24.

läßt. Nun bestimmt § 80 Abs. 1 BRG., in Verbindung mit § 75 Abs. 1 BRG., daß für den Erlaß der Arbeitsordnung dieselbe Stelle zuständig sein soll wie bezüglich des Erlasses gemeinsamer Dienstvorschriften. Da zur Schaffung solcher Vorschriften kein gesetzlicher Zwang besteht, erscheint es nur folgerichtig, daß den Beteiligten auch die Anrufung des Schlichtungsausschusses nicht zur Pflicht gemacht wird. Anders ist jedoch die Rechtslage hinsichtlich der Arbeitsordnung. Hier muß mit Rücksicht auf den gesetzlich gewollten Zwang entweder für den Arbeitgeber oder für die Betriebsvertretung oder gar für beide eine Pflicht zur Anrufung des Schlichtungsausschusses bestehen, wenn auf andere Weise keine gesetzmäßige Arbeitsordnung zustandekommt. Denn sonst könnte der vom Gesetzgeber nicht gewollte Zustand eintreten, daß ein Betrieb, für den der Erlaß einer Arbeitsordnung zwingend vorgeschrieben ist, ohne eine solche bleibt. Da der Gesetzgeber dem Arbeitgeber die Vorlage des Entwurfs zur Pflicht gemacht hat (§ 80 Abs 1, § 75 Abs. 1 BRG.) und sich auch sonst vorwiegend an den Arbeitgeber wendet — (vgl. § 134 a Abs. 1 und die bereits erwähnten Strafbestimmungen der GewOrd.) —, dürfte es gerechtfertigt sein, die Bestimmung des § 80 Abs. 1 in Verbindung mit § 75 Abs. 1 BRG. dahin auszulegen, daß jedenfalls der Arbeitgeber bei erfolglosen Bemühungen um das Zustandekommen einer Arbeitsordnung den Schlichtungsausschuß anrufen muß, die Betriebsvertretung ihn aber anrufen kann. Die Bestimmung des § 80 Abs. 1 BRG. dürfte also insofern einen Fehlgriff im Ausdruck enthalten [8]).

Den Beteiligten ist hiernach die Entschlußfreiheit darüber, ob überhaupt eine Arbeitsordnung erlassen werden soll, durch den Gesetzgeber entzogen.

Ebensowenig können sie die Form bestimmen, in welche die Arbeitsordnung gekleidet werden soll. Das Gesetz verlangt vielmehr gemäß § 104 Abs. 3 BRG. in Verbindung mit § 134 a Abs. 1 GewO. ausdrücklich die Unterschrift des Arbeitgebers und des Vorsitzenden des „Betriebsrats“ [8a]). Eine Verletzung dieser Formvorschrift hat gemäß § 125 S. 1 BGB. die Ungültigkeit der Betriebsvereinbarung zur Folge [9]).

---

[8]) Mansfeld, a. a. O., Bem. 2 d zu § 80; Nipperdey, a. a. O., § 34 III 2 b Abs. 2.

[8a]) Gemeint ist damit wohl der Vorsitzende der „Betriebsvertretung“.

[9]) Jacobi, a. a. O., S. 322.

2. Abschnitt:
Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der normativen Wirkung von Gesamtvereinbarungen.

§ 12.
Unabdingbarkeit.

Das charakteristische Merkmal der tariflichen Normenwirkung besteht in der Unabdingbarkeit. Erst durch diese verschafft sich der kollektive Gestaltungswille der Tarifparteien Geltung. Diese können aber die Unabdingbarkeit nur einschränken, nicht auch erweitern [1]). Gemäß § 1 Abs. 1 TVO. wirkt die Unabdingbarkeit unmittelbar und unabänderlich auf die tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse ein [2]). Innerhalb ihres Wirkungsbereichs verdrängt sie die Gestaltungsfreiheit der Einzelpersonen.

Das Wesen der unmittelbaren (oder automatischen) Wirkung zeigt sich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 TVO. darin, daß die tariflich festgesetzten Arbeitsbedingungen ohne weiteres Inhalt der dem Tarifvertrag unterfallenden Arbeitsverhältnisse werden (sog. Unmittelbarkeit) [3]).

Die zwingende Wirkung der Unabdingbarkeit hingegen äußert sich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 TVO. darin, daß Einzelabreden nichtig sind, soweit deren Inhalt von den Tarifnormen abweicht (sog. Unabänderlichkeit).

I. Was zunächst die Unmittelbarkeit angeht, so richten sich Beginn und Ende dieser Einwirkung nach dem erklärten Willen der Tarifparteien. Danach sind jedenfalls solche Vereinbarungen für zulässig und wirksam zu erachten, welche die Einwirkung erst nach Beginn des Tarifvertragsverhältnisses eintreten lassen [4]).

Nicht selten wird aber als Anfangstermin der unmittelbaren Einwirkung einzelner oder mehrerer Tarifnormen ein Zeitpunkt ver-

---

[1]) Jacobi, a. a. O., S. 225.

[2]) Nipperdey, a. a. O., § 21 III 1; Dersch, a. a. O., S. 95. Abweichend u. a. Molitor, a. a. O., S. 76; Jacobi, a. a. O., S. 224, die unter Unabdingbarkeit lediglich die zwingende Wirkung von Tarifnormen verstehen und daneben die unmittelbare Wirkung unterscheiden.

[3]) Jacobi, a. a. O., S. 221; Sinzheimer, a. a. O., S. 260/1; Joerges, SchliW. 1926 Sp. 13; Dersch, a. a. O., S. 99; RAG. Bensh.S. Bd. 6 S. 132; Bd. 5 S. 99, insbesondere für Betriebsvereinbarungen ebenso: Potthoff, SchliW. 1931 Sp. 387 unten. Gegen die Annahme, daß normative Abreden in die Arbeitsverhältnisse „eingehen" u. a. Nipperdey, a. a. O., § 20 II 2.

[4]) Jacobi, a. a. O., S. 221.

abredet, der vor dem Zustandekommen des Tarifvertrages gelegen ist. In diesem Falle ist eine Rückwirkung beabsichtigt. Andererseits wollen die Tarifparteien häufig, daß die unmittelbare Einwirkung trotz eingetretener Beendigung des Tarifvertragsverhältnisses fortdauern und dadurch eine abweichende Einzelabrede verhindert werden soll.

Die rechtliche Gültigkeit derartiger Vereinabrungen ist bestritten.

Was zunächst die Rückwirkung anbelangt, so wird die Gültigkeit entsprechender Bestimmungen zwar allgemein anerkannt, soweit sie schuldrechtliche Wirkung äußern sollen. Dagegen leugnet man teilweise[5]) die Befugnis, normativ wirkende Tarifbestimmungen mit rückwirkender Kraft zu schaffen. Man begründet diesen Standpunkt zunächst damit, daß es an einer gesetzlichen Grundlage hierzu fehle und der Gesetzgeber die besonderen Rechtsfolgen des Tarifvertrages an das Vorhandensein eines formgerechten Tarifvertrages geknüpft habe, in der Vergangenheit sei aber dieses Erfordernis nicht erfüllt gewesen.

Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend[6]). Denn es gehört zum Wesen der Normsetzungsbefugnis, daß ihr Träger auch den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Normen bestimmt. Daher ist jedenfalls der Staat in der Lage, den von ihm erlassenen Rechtssätzen rückwirkende Kraft beizulegen[7]).

Aber auch für die Tarifparteien kann sich aus den Umständen des Einzelfalles die Notwendigkeit ergeben, ihre Vereinbarungen mit rückwirkender Kraft auszustatten. Ob dazu ein Anlaß besteht, ist regelmäßig Ermessungsfrage. Daß den Tarifparteien die Schaffung rückwirkender Vereinbarungen verwehrt sein sollte, dürfte nicht anzunehmen sein. Denn einmal fehlt ein zuverlässiger Anhalt dafür, daß rückwirkende Normen auch im kollektiven Arbeitsrecht nur dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollten. Außerdem dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, daß der Gesetzgeber die Ermächtigung zur Schaffung von Arbeitsnormen entsprechend eingeschränkt hätte, wenn den Tarifparteien die Möglichkeit genommen sein würde, rückwirkendes Recht zu vereinbaren.

Die Tarifparteien können also grundsätzlich ganz oder teilweise Arbeitsverhältnisse erfassen, die zwar bei Zustandekommen des

---

[5]) Oertmann, a. a. O., S. 75; Jacobi, a. a. O., S. 235 ff. (244).

[6]) Nipperdey, a. a. O. § 16 A I 13 b und c; ders. Beiträge z. Tarifrecht, 160 ff., Dersch, a. a. O., S. 77; weitere Angaben bei Jacobi, a. a. O., S. 235 Anm. 35, RAG. Bensh.S. 4, 370; 6, 272; 5, 308.

[7]) Jellinek, a. a. O., S. 142; Dersch, a. a. O., S. 77.

Tarifvertrages bereits beendet waren, aber zu dem vorgesehenen Rückwirkungstermin noch bestanden. Der Gestaltungswille der Tarifparteien kann sich in weitem Umfange betätigen [8]). Dieser Standpunkt entspricht übrigens auch der Interessenlage, weil die ausgeschiedenen Arbeitnehmer innerhalb desselben Zeitabschnitts und in derselben Weise ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt haben wie derjenige, dessen Arbeitsverhältnis bei Abschluß des Tarifvertrages noch fortdauert.

Die Gestaltungsfreiheit erleidet aber auch hinsichtlich der Rückwirkung gewisse Einschränkungen.

Zunächst sind die zwingenden Vorschriften über die Tarifbeteiligung zu beachten. Daraus ergibt sich, daß durch rückwirkende Vereinbarungen nur solche Arbeitsverhältnisse ergriffen werden können, deren Subjekte bei Abschluß des Tarifvertrages tarifunterworfen waren. Die Tarifunterworfenheit im Zeitpunkte des festgesetzten Rückwirkungstermins genügt nicht, weil § 1 Abs. 2 TVO. nicht auf den Wirksamkeitsbeginn des Tarifvertrages, sondern auf den Zeitpunkt seines Zustandekommens abstellt [9]).

Es fragt sich weiter, ob jede Tarifbestimmung, welche rückwirkend gelten soll, der Normativwirkung unterstellt werden kann.

Soweit es sich um Abreden über Entgelt und Urlaub handelt, wird die Frage allgemein bejaht, indem man im Wege einer Fiktion annimmt, daß die rückwirkende Klausel schon während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu dessen Inhalt gehört habe.

Hinsichtlich der Wiedereinstellungsklausel bestehen jedoch Meinungsverschiedenheiten:

Zwar ist man sich darüber einig [10]), daß sie normative Wirkung auslösen kann, soweit das einzelne Arbeitsverhältnis im Zeitpunkte der Vereinbarung der Klausel noch nicht erloschen ist, gleichviel, ob die Kündigungsfrist bereits in Lauf gesetzt ist oder nicht. Streit herrscht aber insoweit, ob die Tarifparteien auch in der Lage sind, die normative Wirkung der Wiedereinstellungsklasel auch auf solche Arbeitsverhältnisse auszudehnen, die im Zeitpunkte der Vereinbarung der Klausel bereits beendet sind.

---

[8]) Dersch, a. a. O., S. 78; RAG. Bensh.S. 4, 369; LG. Köln, JW. 1924, 1059.

[9]) Im Ergebnis ebenso: Molitor, a. a. O., 92; Nipperdey, a. a. O., § 16 I 3 d; wie hier: Dersch, a. a. O., S. 78.

[10]) Vgl. einerseits: Nipperdey, a. a. O., Lehrb., § 9 II 6, b u. c; Molitor, a. a. O., S. 131; Dersch, a. a. O., S. 93 u. a., andererseits u. a.: Boehmer, NZfAR. 1929 Sp. 743.

Die wohl herrschende Lehre [11]) steht auf einem ablehnenden Standpunkt. Sie legt der Wiedereinstellungsklausel in den bezeichneten Fällen lediglich schuldrechtliche Bedeutung bei, da jene nicht mehr zum Inhalt solcher Arbeitsverträge erhoben werden könne, die bereits aufgelöst sind.

Demgegenüber wird von anderer Seite [12]) im Anschluß an die Rückwirkungslehre die Auffassung vertreten, daß der Wiedereinstellungsklausel auch in dem angeführten Falle normative Bedeutung zukomme. Diese Ansicht verdient den Vorzug: Zunächst berücksichtigt sie zutreffend die Zweckbestimmung der Klausel, die dahin geht, „einerseits die unterbrochene Produktionstätigkeit im Interesse des allgemeinen Wirtschaftslebens so schnell wie möglich in Gang zu bringen, andererseits dem Arbeitnehmer sofort wieder Arbeit und Brot zu schaffen" [13]). Außerdem vermeidet die hier gebilligte Ansicht das unerfreuliche Ergebnis, daß die Parteien des früheren Arbeitsvertrages statt eines unmittelbaren Anspruchs gegeneinander lediglich einen Anspruch gegen den Verband auf Erfüllung seiner Einwirkungspflicht, gegebenenfalls auf Schadensersatz erwerben [14]). Ferner ist nicht recht einzusehen, warum sich die oben erwähnte Fiktion bezüglich rückwirkender Abreden über Entgelt und Urlaub nicht auch bei der Wiedereinstellungsklausel sollte verwenden lassen. Schließlich ist zu bedenken, daß die hier abgelehnte Auffassung notwendig zu unbilligen Härten führen muß, da sie die Art der Wirkung der Wiedereinstellungsklausel im wesentlichen von einem Zufall — dem Ablauf oder dem Nichtablauf der Kündigungsfrist — abhängig macht.

Soweit es sich um tarifliche Vereinbarungen handelt, wonach normative Bestimmungen v o r Erlöschen des Tarifvertragsverhältnisses hinfällig werden sollen, sind sie wirksam [15]). Dagegen ist fraglich, ob die Vertragsfreiheit der Tarifparteien soweit reicht, die Geltung der Tarifvereinbarungen auch für die Zeit n a c h Beendigung des Taifvertragsverhältnisses vorzuschreiben. Das ist jedoch zu verneinen, weil eine derartige Vereinbarung auf eine durch § 1 Abs. 1 TVO. nicht gerechtfertigte und daher unzulässige Erweiterung der Unabdingbarkeit hinausliefe.

---

[11]) So die in Note 10 zuerst genannten drei Schriftsteller, ferner das Reichsarbeitsgericht: RAG. Bensh.S. 5, 192; 6, 520; 8, 227; 15, 443.

[12]) Vor allem mit ausführlicher und überzeugender Begründung: Boehmer, NZfAR. 1929 Sp. 736 ff. Aehnlich Kahn-Freund, a. a. O., S. 96 ff., dagegen wiederum Nipperdey, a. a. O., § 9 Anm. 11.

[13]) Boehmer, NZfAR. 1929 Sp. 736.

[14]) ders., a. a. O., Sp. 735.

[15]) Jacobi, a. a. O., S. 239 u. a.

II. Die Wirkung der Unabänderlichkeit ist durch § 1 Abs. 1 Satz 1 TVO. nur tariflichen Vereinbarungen beigelegt. Daraus folgt, daß sie durch Vereinbarungen anderer Art nicht ausgelöst werden kann. So erzeugt die Betriebsvereinbarung grundsätzlich nur nachgiebiges Recht, es sei denn, daß sie Abreden über Austritts- und Entlassungsgründe oder über Strafen zum Gegenstande hat (§ 134 c Abs. 2 GewO.) [16]). Der Betriebsvereinbarung ist also nur die Unmittelbarkeit, nicht die Unabänderlichkeit eigentümlich.

Die Unabänderlichkeit tariflicher Vereinbarungen besteht jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr sind in zwei Fällen Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirksam, obwohl sie mit der tariflichen Regelung nicht übereinstimmen (§ 1 Abs. 1 S. 2 TVO.): Einmal, wenn dadurch der Arbeitnehmer gegenüber dem Tarifvertrag begünstigt wird und die Begünstigung nicht tariflich ausdrücklich ausgeschlossen ist; zweitens, wenn die Abweichung im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen ist. Mit diesen beiden Fällen werden wir uns sogleich näher zu befassen haben.

Im übrigen aber verbleibt es bei der zwingenden Wirkung. Vermöge der kollektiven Gestaltungsfreiheit ist es den Tarifparteien überlassen, ihre Vereinbarungen ganz oder teilweise der zwingenden Wirkung zu entkleiden.

Was nun die Begünstigung des einzelnen Arbeitnehmers angeht, so steht es im freien Belieben der Tarifparteien, ob sie diese Möglichkeit ausschließen wollen oder nicht [17]). Eine ausschließende Vereinbarung bedarf jedoch der ausdrücklichen Erklärung im Tarifvertrage (§ 1 Abs. 1 S. 2 TVO.). Sie braucht aber nicht durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt zu sein, da die Tarifparteien hinreichende Gewähr dafür bieten, daß sie die ihnen eingeräumte Befugnis zur Gestaltung des Gesamtwillens nicht mißbrauchen. Immerhin kann auch hier der Fall eintreten, daß das Begünstigungsverbot nach allgemeinen Regeln — etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.) — nichtig ist. Man wird daher z. B. einem Begünstigungsverbot die Rechtsgültigkeit zu versagen haben, wenn es sich nur auf Arbeitnehmer erstrecken soll, die Mitglied einer bestimmten politischen Partei sind [18]).

Es ist den Tarifparteien aber auch nicht verwehrt, überhaupt Abweichungen von tariflichen Bestimmungen zu verbieten. In

---

[16]) H. L.: RAG. JW. 1929 S. 1342; Nipperdey, Bensh.S. Bd. 5 S. 78 ff. Dagegen u. a. Potthoff, Einwirkung der RVerf., S. 42 ff.

[17]) Jacobi, a. a. O., S. 234.

[18]) Nipperdey, a. a. O., § 22 III. 2.

diesem Falle nehmen sie den Parteien des Arbeitsverhältnisses überhaupt jede Freiheit in der Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Der Vorrang des Gesamtwillens findet hier also den stärksten Ausdruck. Andererseits führt das Verbot der Abweichungen den sozial-politisch nicht unbedenklichen Zustand herbei, daß alle Arbeitnehmer in gleicher Lage zu gleichen Arbeitsbedingungen tätig sein müssen, ohne Rücksicht darauf, ob der eine oder der andere sich durch besondere Leistungen auszeichnet.

Nach dem allgemeinen Grundsatz: „In maiore inest minus" sind die Tarifparteien nicht darauf beschränkt, die Begünstigung schlechthin zu verbieten. Sie sind vielmehr auch befugt, sich mit Einschränkungen in dieser Richtung zu begnügen, indem sie die Besserstellung von bestimmten Voraussetzungen — etwa einer besonderen Eignung des betreffenden Arbeitnehmers — abhängig machen.

Für die grundsätzliche Zulassung abweichender Einzelabreden genügt es im Gegensatz zu dem Begünstigungsverbot, wenn der Zulassungswille im Tarifvertrag auf irgend eine Weise zum Ausdruck gekommen ist.

Da die TVO. von einer „grundsätzlichen" Zulassung spricht, wird angenommen [19]), daß die Gültigkeit einer diesbezüglichen Vereinbarung davon abhängig sei, daß sie ganz allgemein, d. h. für alle Tarifbestimmungen gewollt ist. Dieser Standpunkt erscheint indessen nicht gerechtfertigt. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Tarifparteien an einer beschränkten Zulassung gehindert sein sollten. Es ist ihnen vielmehr unbenommen, eine einzelne Tarifvereinbarung mit dem Zusatz zu versehen: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können etwas anderes bestimmen".

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 TVO. steht es im Ermessen der Tarifparteien, ob und in welchem Umfange sie Abweichungen von ihren Vereinbarungen zulassen wollen. Daher kann der kollektive Gestaltungswillen tarifliche Normen auch zum Nachteil von Arbeitnehmern für abdingbar erklären, z. B. weil die Arbeitsleistung minderwertig ist oder der Arbeitgeber sich in wirtschaftlicher Bedrängnis befindet [20]).

---

[19]) Erdel, NZfAR. 1922 Sp. 181; a. A. mit Recht Nipperdey, a. a. O., § 22 III 1.

[20]) So z. B. Reichstarifvertrag f. d. Angestellten der privaten Versicherungsunternehmungen, 1928, § 13 Nr. 2.

§ 13.

Herrschaftsbereich.

Der Herrschaftsbereich eines Tarifvertrages deckt sich mit der Frage nach der sog. Tarifbeteiligung [1]). Er wird in § 1 Abs. 2 TVO. geregelt und bildet eine wesentliche Voraussetzung für den Eintritt der Unabdingbarkeit.

Der zeitliche Herrschaftsbereich ist in der Regel gleichbedeutend mit der Dauer des Tarifvertrages. Soweit dies jedoch nicht zutrifft, kommen Vereinbarungen über Rückwirkung und Weitergeltung der Tarifnormen in Betracht. Da sie sich auch unter dem Gesichtspunkte des Umfanges der unmittelbaren Einwirkung behandeln lassen, sind sie schon oben (S. 68 ff.) einer näheren Betrachtung unterzogen worden.

Hinsichtlich des persönlichen Herrschaftsbereichs ist streitig, ob der Kreis der Tarifbeteiligten durch den Gestaltungswillen der Tarifparteien beschränkt werden kann. Gegen diese Annahme wird geltend gemacht [2]), daß es sich insoweit um die Regelung der Unabdingbarkeit selbst handele und deshalb keine Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien anzuerkennen sei; daher sei nicht einmal ein teilweiser Ausschluß gewisser Personen möglich.

Mit Recht wird aber diese Auffassung abgelehnt [3]). Denn einmal gehört die vereinbarungsmäßige Festlegung der Grenzen des persönlichen Herrschaftsbereichs in den Rahmen der Befugnis zur autonomen Selbstbestimmung. Ferner räumt § 1 Abs. 2 TVO. den Tarifparteien ausdrücklich das Recht ein, die Unabdingbarkeit überhaupt auszuschließen. Daraus ist zu folgern, daß sie bei der Festlegung des persönlichen Herrschaftsbereichs erst recht insoweit freie Hand haben sollen, als es sich um dessen Einschränkung handelt, da diese gegenüber dem völligen Ausschluß der unabdingbaren Wirkung ein Minus darstellt. Die Tarifparteien genießen also hinsichtlich der Abgrenzung des Herrschaftsbereichs in weitem Umfange Gestaltungsfreiheit [4]).

Dementsprechend sind Vereinbarungen, wonach der Tarifvertrag nur auf bestimmte Arbeitnehmer anwendbar sein soll, rechtsgültig. Infolgedessen können die Tarifparteien bestimmen, daß nur schrift-

---

[1]) Nipperdey, a. a. O., § 17 V 1.

[2]) Molitor, a. a. O., S. 88; RArb.Bl. 1926, 175 (RG.); RGZ. 113, 171.

[3]) Jacobi, a. a. O., S. 226; Dersch, a. a. O., S. 67; RAG. Bensh.S. Bd. 7 S. 207; 11 S. 42, 297.

[4]) a. A. RGZ. 113, 171; Bodmann, ArbR. 1926 S. 633. Wie hier jedoch u. a.: Jacobi, a. a. O., S. 211, 226.

lich geschlossene Arbeitsverträge dem Tarifvertrag unterworfen sein sollen [5]). Es ist ihnen ferner gestattet, die Anwendbarkeit einzelner oder sämtlicher Tarifabreden für gewisse Arbeitsverträge auszuschließen — etwa für die von einem bestimmten Mitglied der vertragschließenden Arbeitgebervereinigung abgeschlossenen. Ebensowenig lassen sich durchgreifende Bedenken gegen Vereinbarungen erheben, wonach die Tarifbeteiligung von gewissen Voraussetzungen — etwa von einer längeren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufszweig — abhängig sein soll.

Dagegen reicht die kollektive Gestaltungsfreiheit nicht soweit, sog. Außenseiter mit normativer Kraft den Tarifwirkungen zu unterstellen [6]), weil sich die Befugnis zur autonomen Selbstbestimmung — wie aus §§ 1 Abs. 2 TVO. und § 91 Abs. 1 S. 2 AGG. hervorgeht — nur Personen erstreckt, die Mitglieder eines der vertragschließenden Verbände sind. Eine Ausdehnung des persönlichen Herrschaftsbereichs ist daher im Wege einer Tarifvereinbarung nicht möglich. Infolgedessen müßte einer Klausel, durch welche eine Tarifbeteiligung ausscheidender Verbandsmitglieder auch über den Zeitpunkt ihres Ausscheidens hinaus erstrebt wird, die rechtliche Gültigkeit abgesprochen werden [7]).

Obwohl der Gestaltungswille der Tarifparteien sich „kraft arbeitsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts“ [8]) in besonderem Maße bei der Abgrenzung des Herrschaftsbereichs betätigen kann, ist es ihm verwehrt, in fremde kollektive Rechtssphären einzugreifen [9]). Infolgedessen sind die Tarifparteien nicht in der Lage, einen anderen Tarifvertrag durch Vereinbarung zurückzudrängen, es sei denn, daß sie mit den Parteien des anderen Tarifvertrages personengleich sind [10]). Hingegen sind Vereinbarungen, die das Zurücktreten des eigenen Tarifvertrages hinter einen anderen zum Gegenstande haben, rechtlich zulässig und wirksam [11]); allerdings ist in einem solchen Falle in erster Linie der andere Tarifvertrag maßgebend.

§ 14.

Arbeitszeit.

Die Arbeitszeit ist eine der wichtigsten Arbeitsbedingungen. Deshalb hat schon der Staat für verschiedene Berufszweige Rechts-

[5]) RAG. Bensh.S. Bd. 11, S. 43 mit Nachweisen für und wider.
[6]) Jacobi, a. a. O., S. 226; Nipperdey, a. a. O., § 17 V 1.
[7]) Dersch, a. a. O., S. 67; Jacobi, a. a. O., S. 226.
[8]) Dersch, a. a. O., S. 75.
[9]) Dersch, a. a. O., S. 65.
[10]) RAG. Bensh.S. Bd. 9 S. 94.
[11]) Nipperdey: RAG. Bensh.S. Bd. 7 S. 66; Dersch, a. a. O., S. 65; a. A. Jacobi, a. a. O., S. 241.

sätze über die Dauer der Arbeitszeit erlassen [1]); dennoch bildet sie regelmäßig einen Bestandteil von Tarifverträgen.

Obwohl das Arbeitsrecht seiner Natur nach dem öffentlichen Recht angehört, sind die Arbeitszeitbestimmungen nicht durchweg unabänderlich. Vielmehr ist den Tarifparteien die Möglichkeit gegeben, hinsichtlich der Arbeitszeit nach eigenem Ermessen Vereinbarungen zu treffen, die von den nachgiebigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts abweichen. Die so geschaffenen Vereinbarungen der Tarifparteien stehen in ihrer Wirkung den öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmungen gleich [2]).

Die tarifliche Regelung der Arbeitszeit darf jedoch niemals gegen den Sinn des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes verstoßen, widrigenfalls die oberste Landesbehörde oder — wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 gegeben sind — der Reichsarbeitsminister sie gemäß § 5 Abs. 2 AZVO. beanstanden und abändern kann [3]).

Im übrigen schränkt der staatliche Rechtssatz die Gestaltungsfreiheit stärker ein als die Abschlußfreiheit. Offensichtlich geht der Gesetzgeber davon aus, daß kein Grund vorhanden ist, die Schöpfer des Berufsvereinbarungsrechts zur tariflichen Regelung der Arbeitszeit zu zwingen oder sie davon abzuhalten, daß ihnen aber, wenn sie sich zur tariflichen Regelung der Arbeitszeit entschließen, in Bezug auf den Inhalt dieser Regelung gewisse Bindungen auferlegt werden müssen. Diese treten uns in verschiedener Ausgestaltung entgegen:

Die werktägliche Arbeitszeit beläuft sich gemäß § 1 AZVO. für den dort gekennzeichneten Arbeitnehmerkreis auf höchstens 8 Stunden. Diese Vorschrift ist jedoch nur insoweit zwingendes Recht, als Abmachungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht kommen. Dagegen hindert sie nicht die Tarifparteien, kollektiv eine Arbeitszeit festzusetzen, die über die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit hinausgeht (§§ 2, 5 Abs. 1 AZVO.). Der Gruppenwille hat hier also gegenüber der gesetzlichen Regelung den Vorrang.

---

[1]) Hier kann nur auf die Verordnung vom 21. Dez. 1923 i. d. F. vom 14. April 1927 eingegangen werden.

[2]) OLG. Dresden, JW. 1932 S. 1264 Nr. 14.

[3]) Dies gilt allerdings nur für Tarifverträge, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt sind. Bei solchen, die für allgemein verbindlich erklärt sind, darf davon ausgegangen werden, daß ihr Inhalt den Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht zuwiderläuft und daß sonst keine uneingeschränkte Allgemeinverbindlicherklärung stattgefunden hätte. Dersch, a. a. O., S. 122; Nipperdey, a. a. O., § 27 II 4.

Ähnlich ist die Rechtslage im Falle des § 2 AZVO. Danach sind die Tarifparteien zwar verpflichtet, die Rechtsverhältnisse, bei denen regelmäßig und in erheblichem Maße Arbeitsbereitschaft gegeben ist, bei Festsetzung der Arbeitszeit besonders zu berücksichtigen, widrigenfalls der Reichsarbeitsminister sie nach Anhörung der Verbände regeln kann. Jedoch können die Tarifparteien diesem Eingriff in die Gestaltungsfreiheit dadurch begegnen, daß sie nachträglich eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende Tarifvereinbarung treffen. Der Vorrang des Gruppenwillens gegenüber dieser staatlichen Anordnung ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der entsprechenden Anwendung des § 6 Abs. 4 AZVO. Denn da der in § 6 AZVO. geregelte Tatbestand dem in § 2 vorausgesetzten ähnlich [4]) ist, rechtfertigt sich die entsprechende Anwendung.

Die kollektive Gestaltungsfreiheit wird teils zugunsten des Arbeitnehmers, teils zugunsten des Arbeitgebers beeinträchtigt. In ersterer Hinsicht sind die Schranken zu erwähnen, die der tariflichen Verlängerung der gesetzlichen Arbeitszeit gesetzt sind. (§§ 9, 7 AZVO.)

Gemäß § 9 Abs. 1 AZVO. können die Tarifparteien nicht mit verbindlicher Kraft vereinbaren, daß die Arbeitszeit mehr als 10 Stunden täglich betragen soll. Nur ausnahmsweise (§ 9 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 AZVO.) kann diese Grenze überschritten werden, jedoch bedarf die Vereinbarung zur Wirksamkeit der Genehmigung der in § 6 Abs. 1 AZVO. bezeichneten Behörden. Soweit Arbeitsbereitschaft in Betracht kommt, sind die Tarifparteien hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit nicht gebunden, da § 2 in § 9 AZVO. nicht mit aufgeführt ist. Hier begnügt sich der Staat mit der bereits erwähnten Beanstandungs- und Abänderungsbefugnis.

Eine andere Beschränkung der Gestaltungsfreiheit enthält § 9 Abs. 3 AZVO., wonach weibliche Arbeitnehmer während der Schwangerschaft und der Stillzeit auf Verlangen von einer etwaigen, die Dauer von 8 Stunden überschreitenden Mehrarbeitszeit zu befreien sind [5]). Entgegenstehende Tarifbestimmungen sind hier ausnahmsweise ohne zwingende Wirkung und müssen hinter dem abweichenden Willen des weiblichen Arbeitnehmers zurücktreten [6]).

---

[4]) Syrup, a. a. O., Anm. 9 zu § 2. Erdmann, a. a. O., Anm. 2 a. E. zu § 2. Potthoff, a. a. O., Anm. III 3 e zu § 2; Rohmer, a. a. O., Anm. 3 Abs. 3 zu § 2.

[5]) Einen gesetzlichen Anspruch auf Abkürzung der Achtstundenarbeitszeit haben Schwangere oder Stillende nicht.

[6]) Erdmann, a. a. O., Anm. 15 Abs. 1 zu § 9. Rohmer, a. a. O., Anm. 5 zu § 9. Potthoff, a. a. O., Anm. A. V. 1 c zu § 9.

In gesundheits- und lebensgefährlichen Betrieben beträgt die tägliche Arbeitszeit gesetzlich höchstens 8 Stunden. Darüber hinausgehende Vereinbarungen sind nach § 7 Abs. 1 nur wirksam, wenn Gründe des Gemeinwohls die Überschreitung des Achtstundentages dringend erheischen oder diese sich in langjähriger Übung als unbedenklich erwiesen hat und die Mehrarbeitszeit höchstens eine halbe Stunde täglich beträgt.

Ausnahmsweise ist eine Beschränkung des kollektiven Gestaltungswillens auch zugunsten des Arbeitgebers anerkannt. Er kann nämlich gemäß § 3 AZVO. an 30 Tagen im Jahre Mehrarbeit bis zu 2 Stunden verlangen. Ein unbeschränktes Recht auf Mehrarbeit hat er bei den sogenannten Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten, die § 4 AZVO. aufzählt. Ebenso kann er Mehrarbeit aus vorübergehenden, unaufschiebbaren Gründen (§ 10 AZVO.) fordern, ohne in der Bemessung der Arbeitszeit beschränkt zu sein. Diese Befugnisse können im Hinblick auf § 5 Abs. 5 AZVO. durch Tarifvereinbarung nicht geschmälert werden.

Gemäß § 5 Abs. 3 AZVO. haben die Tarifparteien insoweit freie Hand, ob sie selbst die Arbeitszeit regeln. Sie können statt dessen die näheren Bestimmungen darüber einer besonderen Vereinbarung oder besonderen Stellen vorbehalten. Aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß entnommen werden, daß die Tarifvertragsparteien bei Auswahl der „besonderen Stelle" freie Hand haben sollten, ähnlich wie die Parteien im Recht der Schuldverhältnisse (§ 315 BGB.). Danach kann die Regelung der Arbeitszeit auch einem beliebigen Dritten übertragen werden, dessen Bestimmungen dann verbindliche Kraft äußern. Da er aber seine Rechtsmacht nur von den Tarifparteien ableitet, kann sie nach allgemeinen Regeln nicht größer sein als deren Machtbefugnis, sodaß die Willensfreiheit der „besonderen Stelle" denselben Beschränkungen unterliegt wie diejenige der Tarifparteien, auch wenn diese etwas anderes bestimmen sollten.

Der wirksam erklärte Gestaltungswille der Tarifparteien gilt noch 3 Monate nach Beendigung des Tarifvertrages insofern, als die in § 6 Abs. 1 AZVO. bezeichneten Behörden keine längere Arbeitszeit als die tariflich vereinbart gewesene festsetzen dürfen. Auch nach Ablauf dieser Frist können die Tarifparteien eine behördliche Festsetzung der Arbeitszeit durch anderweitige Regelung außer Kraft setzen (§ 6 Abs. 4 AZVO.).

§ 15.
Kündigung.

Die kollektive Gestaltungsfreiheit kann neben Begründung und Inhalt auch die Beendigung von Einzelarbeitsverhältnissen er-

greifen. Ein wesentliches Mittel zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen bildet die Kündigung.

Die Kündigung ist Arbeitsbedingung im S. des § 1 Abs. 1 TVO. Die Tarifparteien können sich damit begnügen, das Kündigungsrecht zu beschränken oder auszuschließen.

Der Grundsatz, daß die Tarifabreden nicht gegen zwingendes Recht verstoßen dürfen, gilt in besonderem Maße für die Regelung der Kündigung [1]). So wäre z. B. eine Tarifbestimmung, durch welche die Kündigung seitens des Arbeitnehmers auf mehr als 5 Jahre ausgeschlossen wird, gemäß § 134 BGB. wegen Verstoßes gegen § 624 BGB. nichtig.

Eine andere Schranke für den Gestaltungswillen der Tarifparteien ist in den Vorschriften über die Dauer der gewillkürten Kündigungsfrist zu erblicken. Diese muß für beide Teile gleich sein, gleichviel, ob dem Arbeitgeber kaufmännische oder gewerbliche Arbeitnehmer gegenüberstehen (HGB. §§ 67 Abs. 1, 69 Satz 2 bezw. GewO. §§ 122 Satz 2, 133 aa). In gewissen Fällen — so bei kaufmännischen Angestellten (§ 67 Abs. 1 HGB.) und bei den in § 133 a GewO. bezeichneten gewerblichen Angestellten — ist sogar für die gewillkürte Kündigungsfrist gesetzlich eine Mindestdauer von einem Monat festgesetzt. Diese Bestimmungen sind zwingendes Recht, binden also auch die Tarifparteien.

Das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 hat die in den genannten Bestimmungen vorgeschriebene Gleichheit der Kündigungsfristen in erheblichem Umfange beseitigt, indem es in § 1 den zugunsten der Arbeitnehmerschaft bestehenden Entlassungsschutz für bestimmte, langjährige Angestellte dahin erweitert, daß der Arbeitgeber eine längere Kündigungsfrist einzuhalten hat, als der Arbeitnehmer.

Abweichende Vereinbarungen der Tarifparteien können im Hinblick auf die zwingende Natur der erwähnten Kündigungsvorschriften auch von den Tarifparteien nicht in rechtsgültiger Weise geschaffen werden. Demzufolge ist es ihnen nicht möglich, der einen Partei des Einzelvertrages eine längere Kündigungsfrist aufzuerlegen als der anderen.

Das Kündigungsschutzgesetz stellt eine Ausnahmevorschrift dar, deren Rechtsgedanken nach allgemeinen Regeln auf andere Rechtsverhältnisse grundsätzlich nicht übertragbar sind.

Eine andere Frage von praktischer Bedeutung ist, ob das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnis-

[1]) Dersch, a. a. O., S. 94 unten.

ses durch den Gestaltungswillen der Tarifparteien wirksam ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Die Frage ist zu verneinen. Allerdings ist daran festzuhalten, daß im allgemeinen schon im voraus auf die Ausübung von Rechten verzichtet werden kann [3]). Im Arbeitsrecht hat jedoch die Befugnis, ein Arbeitsverhältnis fristlos zur Auflösung zu bringen, eine besondere gesetzliche Regelung erfahren. Deshalb war schon vor Entstehung der TVO. streitig, ob und inwieweit auf das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses von vornherein verzichtet werden kann [4]).

Der vorherige Ausschluß des außerordentlichen Kündigungsrechts — mag er sich auch nur als Beschränkung der gesetzlich eingeräumten Befugnis darstellen — muß aus einem doppelten Grunde für unwirksam erachtet werden. Einmal, weil das geltende Recht den Normen, die die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aus wichtigem Grunde regeln, zwingende Wirkung beigelegt hat [5]). Sodann wird die hier vertretene Ansicht durch die Erwägung gestützt, daß eine im voraus festgelegte Einschränkung oder Beseitigung des außerordentlichen Kündigungsrechts zu einer vom Gesetz nicht gewollten Beeinträchtigung der Geschäfts- und Erwerbsfreiheit der Beteiligten führen würde. Eine solche Beeinträchtigung wäre mit § 138 Abs. 1 BGB. kaum vereinbar.

Die Erwägung, daß die Tarifparteien eine genügende Gewähr für hinreichenden Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Einzelnen böten, vermag diese Auffassung nicht entscheidend zu widerlegen. Die Mitwirkung der Tarifparteien schließt nämlich nicht die Gefahr aus, daß während der Dauer des Arbeitsverhältnisses doch Umstände eintreten, die auch von ihnen nicht vorausgesehen wurden, aber die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erheischen. Die Belange der betroffenen Partei würden in unbilliger Weise in Mitleidenschaft gezogen werden, wenn sich die andere Partei mit Erfolg auf den vorherigen Ausschluß des außerordentlichen Kündigungsrechts berufen könnte. Abgesehen davon wäre im Falle der Anerkennung des Ausschlusses der Kündigungsbefugnis übergriffen Tür und Tor geöffnet, weil jede Partei pflichtwidrig handeln könnte, ohne die sofortige Auflösung des Rechtsverhältnisses befürchten zu müssen.

Diese Erwägung steht folgerichtig auch der Gültigkeit einer Tarifvereinbarung entgegen, durch welche die Ausübung des außer-

---

[3]) Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. I 2 Abs. 5 zu § 397.
[4]) Nachweise bei Hueck, Lehrbuch, Bd. 1, Anm. 19 zu § 56.
[5]) Vgl. etwa BGB. § 626, HGB. § 70.

ordentlichen Kündigungsrechts beschränkt wird, wie z. B. durch Androhung einer Vertragsstrafe für den Fall der Kündigung. Denn vertragsmäßige Beschränkungen des außerordentlichen Kündigungsrechts sind mit der vom Gesetz gewollten Entschlußfreiheit nicht vereinbar [6]).

Dagegen steht nichts im Wege, eine Tarifvereinbarung als verbindlich anzusehen, die gewisse Umstände nicht oder nur erschwerende Umstände als Grund zur sofortigen Aufhebung von Arbeitsverhältnissen gelten läßt [7]). Der Gestaltungswille der Tarifparteien stellt nur klar, ob der im voraus geregelte Tatbestand im Falle seiner Verwirklichung so beschaffen ist, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar erscheint. Für die Frage der Zumutbarkeit kommt es naturgemäß auf die persönliche Anschauung der Beteiligten an. Die Parteien des Arbeitsverhältnisses können sich demgemäß darüber verständigen, daß sie gewisse künftige Tatsachen nicht als so wichtig ansehen wollen, daß dieserhalb die Rechtsbeziehungen gelöst werden dürften. Sie können ferner die Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt, einem Schiedsgericht übertragen [8]). Nach dem Grundsatze, daß alles, was Gegenstand der Einzelabreden sein kann, auch tariflicher Regelung zugänglich ist, muß den Tarifparteien das Recht zugestanden werden, mit verbindlicher Kraft entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Demnach wäre eine tarifliche Bestimmung, durch welche Arbeitnehmer in bezug auf die Entlassungsmöglichkeit Beamten gleichgestellt werden, wirksam.

Ist hiernach einerseits festzustellen, daß durch Parteivereinbarung die Wichtigkeit eines Kündigungsgrundes geregelt werden kann, so muß andererseits hervorgehoben werden, daß in verschiedenen arbeitsrechtlichen Vorschriften [9]) Tatbestände geordnet sind, die nach Ansicht des Gesetzgebers so schwerwiegender Natur sind, daß sie ohne weiteres zur fristlosen Kündigung berechtigen.

Ob und inwieweit der Gestaltungswille der Tarifparteien an derartigen Vorschriften seine Schranke findet, kann nur im Einzelfalle festgestellt werden. Es wird darauf ankommen, ob die in Betracht kommende Bestimmung nur als beispielsweise oder als erschöpfende Regelung gelten will. Im Zweifel wird man das erstere annehmen müssen, da sich naturgemäß allgemein und ausschließ-

---

[6]) RGZ. 75, 237.

[7]) Dersch, a. a. O., S. 238 Note 4.

[8]) RG. JW. 1919 S. 240.

[9]) Z. B. §§ 71, 72, HGB. 123/124 GewO., § 16 der Verordnung betreffend die vorläufige Landesarbeitsordnung v. 24. Januar 1919.

lich kaum festlegen läßt, wann ein „wichtiger Grund“ vorliegt. Wenn nur eine beispielsweise Aufzählung in Betracht kommt[10]), ist den Tarifparteien eine anderweitige Regelung nicht verwehrt. Daß eine gesetzliche Bestimmung die „wichtigen Gründe“ erschöpfend zusammenstellt, wird immerhin selten sein. Aber auch in diesen Fällen muß man, sofern aus der Vorschrift ein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers nicht zu entnehmen ist, die Tarifparteien infolge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit für befugt erachten[11]), weiteren Umständen die Bedeutung wichtiger Kündigungsgründe beizulegen. Dafür spricht auch § 134 b Nr. 3 GewO. Er läßt aber eine Abweichung von den gesetzlich aufgezählten wichtigen Gründen nur zu, wenn sie im Wege der Arbeitsordnung vereinbart sind[12]). Eine abweichende Regelung hinsichtlich der wichtigen Gründe, die durch Tarifvereinbarung erfolgt, steht den gesetzlichen Bestimmungen i. S. des § 134 Abs. 1 Nr. 3 GewO. nicht gleich. Allerdings beruht der Wortlaut dieser Vorschrift auf dem Gesetz vom 28. Dezember 1908, entstammt also einer Zeit, wo der Tarifvertragsgedanke sich nur in außerordentlich geringem Maße durchgesetzt hatte und die Arbeitsordnung die einzige Form einer Kollektivvereinbarung mit allgemeiner Bedeutung war. Abgesehen von den Erwägungen, die oben S. 56 niedergelegt sind, kann die tarifliche Regelung wohl den Inhalt einer Arbeitsordnung bestimmen, nicht aber ihren Erlaß überflüssig machen.

Eine Einschränkung der in §§ 123, 124 GewO. vorgesehenen Gründe zur fristlosen Entlassung ist den Tarifparteien nicht erlaubt, weil die genannten Bestimmungen zwingendes Recht darstellen[13]).

§ 16.
Tariflohnverzicht.

Die Entrichtung der Vergütung ist eine Hauptpflicht des Arbeitgebers. Sie gehört daher zum regelmäßigen Inhalt von Tarifverträgen. Zweifelhaft ist jedoch, ob die kollektive Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien so weit reicht, daß sie einen Verzicht des Arbeitnehmers auf tariflich festgesetzten Lohn verhindern können.

Um dazu Stellung nehmen zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Erörterung der Frage, ob denn der einzelne Arbeitnehmer überhaupt wirksam auf Tariflohn verzichten kann.

---

[10]) §§ 133 c, 133 d GewO.: „insbesondere“.

[11]) Landmann-Rohmer, a. a. O., S. 505 oben.

[12]) ders., a. a. O., S. 469 unten, S. 623 Anm. 4 zu § 134 b.

[13]) RAG. JW. 1932, 72; Landmann-Rohmer, a. a. O., Anm. 2 e zu § 123 (S. 470) mit weiteren Nachweisen.

Die individuelle Vertragsfreiheit gewährt allerdings jedem Gläubiger die Möglichkeit, auf ein ihm zustehendes Recht zu verzichten. Bei schuldrechtlichen Ansprüchen kann sich der Verzicht nur durch Vertrag vollziehen [1]). Da auch das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis ist, könnte man zu der Auffassung neigen, daß ein vertragsmäßiger Verzicht auch insoweit zulässig sei. Diese Annahme dürfte jedenfalls dann berechtigt sein, wenn das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis keinem Tarifvertrage unterliegt. Anders dürfte aber, wie noch auszuführen sein wird, die Rechtslage sein, wenn es sich um den Verzicht auf Ansprüche handelt, die einem tarifunterworfenen Arbeitsverhältnis entspringen.

Die Vereinbarung der Tarifparteien, daß ein Verzicht hinsichtlich tariflicher Lohnansprüche ausgeschlossen sein soll, würde zur Folge haben, daß ein trotzdem geschlossener Verzichtsvertrag gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 TVO. unwirksam wäre. Voraussetzung dieses Rechtserfolges ist jedoch hier wie sonst, daß die Klausel nach dem Willen der Tarifparteien normative Wirkung auslösen soll und nach dem Willen des Gesetzgebers auslösen kann. Die Gültigkeit der Klausel ist unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten, nämlich einmal hinsichtlich der bereits entstandenen und sodann hinsichtlich der künftigen Lohnansprüche.

Soweit zunächst die künftig entstehenden Lohnansprüche in Betracht kommen, ist die Tarifvereinbarung rechtsgültig; sie hat aber nur deklaratorische Bedeutung, weil der mit ihr erstrebte Erfolg mit Rücksicht auf den Grundsatz der Unabdingbarkeit schon von Gesetzes wegen eintritt. Daher wird mit Recht allgemein angenommen, daß ein Verzicht auf künftige Tariflohnansprüche unzulässig und unwirksam sei [2]).

Streit herrscht dagegen hinsichtlich des Verzichts auf bereits verdienten Tariflohn.

Von verschiedenen Seiten [3]) wird die Wirksamkeit eines derartigen Verzichts bejaht und demzufolge angenommen, daß eine ihn ausschließende Tarifvereinbarung ungültig sei. Man beruft sich im wesentlichen darauf, daß die Normsetzungsbefugnis sich auf Arbeitsbedingungen beschränke, der einmal entstandene Lohnanspruch jedoch nicht mehr unter diesen Begriff falle.

---

[1]) Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. I 1 zu § 397.

[2]) Dersch, a. a. O., S. 96.

[3]) So vor allem das RAG. in ständiger Rechtsprechung: Bensh. S. 11, 59; 13, 102; 8, 468 u. a., Molitor, a. a. O., S. 81; Kaskel, a. a. O., S. 40; Oertmann, a. a. O., S. 74 Anm. 1.

Allerdings fehlt in § 1 TVO. eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, soweit Tarifvereinbarungen über das Erlöschen von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis in Betracht kommen. Dennoch dürfte die mitgeteilte Ansicht abzulehnen sein.

Sie benutzt nämlich zur Ausfüllung der Gesetzeslücke ein Mittel, das einem rein individualistisch gestalteten Rechtsgebiet angehört, nämlich das Institut des im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Erlaßvertrages (BGB. § 397). Damit verstößt sie gegen den allgemeinen Grundsatz [4]), daß Zweifelsfragen in erster Linie mit Mitteln zu klären sind, die demselben Rechtsgebiet angehören wie die Zweifelsfragen. Sinn und Zweck der TVO. gehen dahin, dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf seinen Willen zur Nachgiebigkeit mindestens die tariflich vorgesehene Vergütung zuteil werden zu lassen [5]). Eine Abweichung von diesem Grundsatz soll gemäß § 1 Abs. 1 TVO. nur mit Erlaubnis der Tarifparteien zulässig sein. Der Tarifvereinbarung wird also eine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt. Wenn auch der Arbeitnehmer nicht gezwungen wird, den ihm gebührenden Lohn tatsächlich entgegenzunehmen, so soll andererseits doch die rechtliche Aufgabe von Ansprüchen auf verdienten Tariflohn unterbleiben. Denn sonst wäre es leicht möglich, das Prinzip der Unabdingbarkeit durch Umgehungsabreden praktisch zunichte zu machen.

Man wird daher der Ansicht [6]), welche einen Tariflohnverzicht für unwirksam und eine entsprechende Tarifvereinbarung für gültig hält, den Vorzug geben müssen.

Die hier abgelehnte Meinung will übrigens den Verzicht schon dann nicht mehr gelten lassen, wenn der Arbeitnehmer unter wirtschaftlichem Druck gestanden oder sich wenigstens in einer solchen Vorstellung befunden hat [7]). Da diese Voraussetzung regelmäßig erfüllt sein dürfte, nähert sie sich im praktischen Ergebnis der hier gebilligten Auffassung.

Auch eine Tarifvereinbarung, die einen Verzicht auf Ansprüche aus früherer Zeit in Verbindung mit der Neuregelung der Vergütung normiert, hält sich im Rahmen der gegebenen kollektiven Gestaltungsfreiheit. Denn der Verzicht bildet in diesem Falle gewissermaßen einen Bestandteil der neuen Lohnfestsetzung, die man-

---

[4]) Joerges, SchliW. 1927 Sp. 26.

[5]) Nipperdey, a. a. O., Anm. 43 zu § 24.

[6]) Ausführlich und überzeugend: Nipperdey, a. a. O., § 24; Jacobi, a. a. O., S. 223; Joerges, SchliW. 1927 Sp. 26; Dersch, a. a. O., S. 97 u. a.

[7]) RAG. Bensh.S. 10, 59; 7, 219; 8, 235, 498 u. a.

gels entgegenstehender Bestimmungen im Ermessen der Tarifparteien liegt [8]).

§ 17.
Verwirkung.

Der Gestaltungswille der Tarifparteien kann sich auch mit der Erfüllung von Ansprüchen befassen, die aus tarifunterworfenen Arbeitsverhältnissen entspringen. Dahin gehört die Verwirkung von Ansprüchen. Bevor entsprechende Tarifvereinbarungen erörtert werden, empfiehlt sich ein kurzes Eingehen auf Wesen und Voraussetzungen der Anspruchsverwirkung überhaupt.

Ihre Daseinsberechtigung ist jetzt überwiegend anerkannt [1]). Danach soll Verwirkung immer dann vorliegen, wenn der Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte derart verzögert, daß dem Schuldner die Bewirkung der geschuldeten Leistung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Die Anhänger dieser Lehre stimmen zwar darin überein, daß sie einen Anwendungsfall des in § 242 BGB. verankerten Grundsatzes von Treu und Glauben bildet. Sie streiten aber darüber, ob man es mit einem selbständigen Rechtsvernichtungsgrund [2]) oder mit einer Folge unzulässiger Rechtsausübung [3]) zu tun hat. Für die letztere Anschauung spricht die Erwägung, daß die Gründe für das Erlöschen von Schuldverhältnissen im BGB. (2. Buch 3. Abschnitt) erschöpfend geregelt sind. Indessen erübrigt sich für die gegenwärtige Untersuchung eine nähere Stellungnahme zu der mitgeteilten Streitfrage, zumal man sich darüber einig ist, daß sowohl nach der einen als auch nach der anderen Ansicht der Gläubiger an der Durchsetzung seines Rechts gehindert ist.

Diese Rechtsfolge tritt von selbst als Folge eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens ein — mag dieses nun in einem positiven Tun oder in einem Unterlassen bestehen [4]). Der Verwirkungstatbe-

[8]) Nipperdey, a. a. O., Anm. 40 zu § 9; RG. NZfAR. 1926 S. 37; Jacobi, a. a. O., § 185 Anm. 8.

[1]) Dagegen aber u. a. Citron, JW. 33, 1040; Best, JW. 1932 S. 1801 ff., will sie nur billigen, soweit sie sich auf die Einrede der Arglist gründen läßt, RG. JW. 32, 2973 betont, daß die Verwirkung nur für das Aufwertungsrecht anerkannt sei. Vgl. jedoch die zu Anm. 2 und 3 Angeführten.

[2]) Heinemann, LZ. 1928, 935; Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. III 2 zu § 242; Mügel, JW. 1930, 1043; RG. JW. 1932, 720; 1928, 488.

[3]) So vor allem Siebert, JW. 1932, 943, 2384; RG. JW. 1933, 53.

[4]) RAG. Bensh.S. 12, 536; Siebert, JW. 1932, 2385 zu Anm. 7; Heinemann, a. a. O., Sp. 936 ff., der aber Sp. 939—940 zu Unrecht ein Verschulden für den Eintritt der Verwirkung erfordert.

stand vollendet sich, ohne daß es des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts bedarf. Dadurch unterscheidet er sich auch von dem Verzicht. Von der Verjährung unterscheidet sich die Verwirkung vor allem dadurch, daß jene nur auf Einrede, diese dagegen von Amts wegen zu beachten ist [5]).

Die so verstandene Verwirkung findet ihre geschichtliche Grundlage in dem deutschrechtlichen Gedanken der Verschweigung. Praktische Bedeutung erlangte sie insbesondere aus Anlaß der freien Aufwertung, da die starren Vorschriften über die Verjährung von Ansprüchen nicht genügten, um im Einzelfalle eine gerechte und billige, mit Treu und Glauben zu vereinbarende Ausgleichung der Interessen von Gläubiger und Schuldner herbeizuführen. Infolgedessen hat die Rechtsprechung, die schon früher den Schuldner gegen zu späte Geltendmachung von Ansprüchen mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben geschützt hatte [6]), die Verwirkungslehre weiter ausgebaut und sie auf § 242 BGB. gestützt. Jetzt ist sie nicht nur für das private, sondern auch für das öffentliche Rechtsgebiet anerkannt [7]). Praktisch bedeutet dieser Zustand, daß die festumrissenen gesetzlichen Verjährungs- und Ausschlußfristen [8]) ausgeschaltet werden und das richterliche Ermessen an ihre Stelle tritt. Der Richter soll unter Würdigung der Umstände des einzelnen Falles prüfen, ob die Geltendmachung des betreffenden Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt. Es liegt auf der Hand, daß darin die Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit zu erblicken ist.

Die Tarifparteien treffen häufig besondere Verwirkungsvereinbarungen. Der Grund dafür liegt wohl — abgesehen von der erwähnten Gefahr der Rechtsunsicherheit — darin, daß die Rechtsprechung auf den Einzelfall abstellt, während im Arbeitsrecht immer mehr das Interesse an kollektiver Regelung zutage tritt.

Allerdings streitet man darüber, ob derartige Vereinbarungen normative Wirkung äußern können. Es wird die Ansicht vertreten [9]), daß es sich um Vereinbarungen handele, die lediglich die Erfüllung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Verbindlichkeiten, nicht aber den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand hätten. Dieser Auffassung kann indessen nicht beigetreten

---

[5]) s. die in Anm. 2 und 3 Angeführten.

[6]) Vgl. etwa RGZ. 60, 348.

[7]) RG. JW. 1931 S. 735. Vgl. aber die einschränkende Entscheidung in RGZ. 144, S. 22 ff., bekämpft von Siebert, JW. 34, 1829.

[8]) Ausschlußfristen enthalten z. B. §§ 121, 210, 212, 864, 1974 BGB. §§ 121, 234 ZPO.

[9]) Ditges, Arbeitsrecht 1927 Sp. 783, 953.

werden [10]), da auch Vereinbarungen, welche die Art und Weise der Erfüllung der Verbindlichkeit betreffen, noch zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gerechnet werden können.

Die tariflichen [11]) Vereinbarungen regeln ohne Rücksicht auf die Gestaltung des einzelnen Falles starr und allgemein die Geltendmachung der Ansprüche, indem sie bestimmen, innerhalb welcher Frist und auf welche Weise die Ansprüche zu erheben sind. Wird ein Anspruch nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht, so soll das nach dem Willen der Tarifparteien zur Folge haben, daß er untergeht oder mindestens nicht mehr geltend gemacht werden kann. Ihrer rechtlichen Natur nach lassen sich solche Tarifbestimmungen in die Gruppe der Ausschlußformen und -fristen einordnen [12]). Da normativ wirkende Tarifvereinbarungen gesetzesähnliche Wirkung äußern, ist es gestattet, von gesetzesähnlichen Ausschlußformen und -fristen zu reden.

Die Voraussetzungen der Anspruchsverwirkung werden von den Tarifparteien recht verschieden geregelt. Vermöge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit können sie ihren Willen grundsätzlich ungehindert zur Geltung bringen. So sieht z. B. der Reichstarifvertrag für die Herrenkonfektion eine Frist von 4 Wochen, gerechnet vom Tage der Entlassung, vor [13]), während der Reichstarifvertrag für Angestellte der privaten Versicherungsunternehmen von 1928 eine solche von 3 Monaten, beginnend mit der Entstehung des Anspruchs, festsetzt [14]).

In der Anerkennung der Gültigkeit von Verwirkungsklauseln geht die Rechtsprechung außerordentlich weit [15]), weil sie regelmäßig

[10]) Jacobi, a. a. O., Anm 15 zu § 12; Kahn-Freund, a. a. O., S. 18/19; Nipperdey, a. a. O., Anm. 96 zu § 9; RAG. Bensh.S. Bd. 12 S. 536.

[11]) Ueber Verwirkungsabreden in Betriebsvereinbarungen s. u. S. 73.

[12]) RAG. Bensh.S. Bd. 11 S. 301 ff.; Bergmann, Arbeitsrecht, 1929, Sp. 103.

[13]) § 16 des Tarifvertrages lautet: „Forderungen aus dem Tarifvertrag, die ein Arbeitnehmer zu haben glaubt, muß er spätestens binnen 4 Wochen nach seiner Entlassung anmelden, sonst verfällt seine Forderung".

[14]) In § 16 Nr. 1 S. 2 des Tarifvertrages heißt es: „Ansprüche, die einzelne Angestellte aus diesem Tarifvertrag herleiten, müssen, soweit im Streitfalle die Schlichtungskommission zuständig ist, innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach ihrer Entstehung geltend gemacht werden." Das RAG. hat die Gültigkeit dieser Bestimmung anerkannt. JW. 1931 S. 3232.

[15]) So hat z. B. RAG. Bensh.S. Bd. 11 S. 302 folgende Tarifbestimmung für gültig erachtet: „Einsprüche gegen die Entlohnung sind jeweils nur innerhalb 2 Wochen zulässig. Der Einspruch ist dem Meister gegenüber zu erklären. Nach Ablauf dieser Frist ist eine Lohnnachforderung nicht mehr

nur unter dem Gesichtspunkt geprüft werden, ob das Prinzip der Unabdingbarkeit verletzt ist[16]). Es hat daher den Anschein, als ob die Tarifparteien sich bei der Ausgestaltung von Verwirkungsklauseln uneingeschränkter Gestaltungsfreiheit zu erfreuen hätten.

Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß die allgemeine Schranke des § 138 Abs. 1 BGB. für die Willensbildung gerade bei der Verwirkungsklausel besondere Beachtung erheischt. Allerdings läßt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob eine Verwirkungsklausel sittenwidrig ist oder nicht. So anerkennenswert aber einerseits das Bestreben der Tarifparteien, möglichst bald klare Verhältnisse zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses zu schaffen, sein mag, so muß andererseits doch davor gewarnt werden, die Ausschlußfristen allzu kurz oder die Ausschlußformen allzu streng zu bestimmen. Denn einmal hat der Gesetzgeber die Lohn- und Gehaltsansprüche gemäß § 196 Ziff. 8 und 9 BGB. einer zweijährigen Verjährungsfrist unterworfen und damit zum Ausdruck gebracht, daß eine vor Ablauf dieser Frist erfolgende Inanspruchnahme des Schuldners regelmäßig nicht den Anforderungen von Treu und Glauben widerspricht. Dem Gläubiger muß eine bestimmte Zeit gelassen werden, um sich über die Aussichten eines Prozesses zu vergewissern und die dazu erforderlichen Unterlagen zu verschaffen. Man wird daher z. B. einer Vereinbarung, die eine Ausschlußfrist von nur einer Woche festsetzt, die Rechtswirksamkeit versagen müssen, da ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners an einer so eiligen Geltendmachung der Gläubigerrechte nicht vorhanden ist. Im Versicherungsvertragsgesetz, wo die im Arbeitsrecht vorhandene wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit nicht gegeben ist, beträgt z. B. die Ausschlußfrist gemäß § 12 Abs. 2 VVG. sechs Monate.

Es ist zu bedenken, daß die Ausschlußfristen regelmäßig nur für die Rechte der Arbeitnehmer festgesetzt werden. Eine Fristsetzung für Ansprüche des Arbeitgebers würde dem sozialen Empfinden und dem Wesen des Arbeitnehmerschutzes vielleicht eher entsprechen, weil der Arbeitgeber die das Arbeitsverhältnis betreffenden Unterlagen ebenso lange aufzubewahren pflegt wie andere Belege, die mit dem Unternehmen zusammenhängen. Es ist ihm daher auch nach Ablauf von Ausschlußfristen durchaus möglich, etwa

---

statthaft." Aehnlich RAG. NZfAR. 1932 Sp. 127: „Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses müssen die Arbeitnehmer alle etwaigen Forderungen innerhalb einer Frist von zwei Wochen beim Arbeitgeber geltendmachen, anderenfalls sind sie verfallen."

[16]) Dersch, a. a. O., S. 98 u. a.

unbegründeten Ansprüchen des Arbeitnehmers mit Erfolg entgegentreten zu können. Die Erwägung [17]), daß die kurzen Ausschlußfristen eine Stärkung des Arbeitsfriedens zur Folge hätten, mag zwar im Ergebnis richtig sein, erscheint uns aber nicht ausschlaggebend.

Die richterliche Anerkennung auffallend kurzer Ausschlußfristen [18]) ist nicht bedenkenfrei. Die Frage der Sittenwidrigkeit muß bei den erwähnten Vereinbarungen regelmäßig geprüft werden. Sie wird zu bejahen sein, wenn die Geltendmachung der Lohnansprüche noch während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vorgesehen ist. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß derjenige Arbeitnehmer, der entsprechend der tariflichen Bestimmung mit Ansprüchen, die meist in untertariflicher Entlohnung, also in einer Pflichtverletzung des Arbeitgebers ihre Ursache haben, hervortritt, ohne weiteres mit seiner Entlassung rechnen muß. Angesichts der großen Arbeitslosigkeit der Gegenwart sind die Aussichten, eine neue Stellung zu erhalten, äußerst gering. Daß auf diese Weise Ansprüche des Arbeitnehmers verlorengehen sollten, widerspricht dem Sinn und Zweck des Tarifvertrages, den Arbeitnehmer gegen untertarifliche Entlohnung zu schützen. Die Rechtsprechung [19]) erkennt zwar an, daß die Nichtgeltendmachung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf wirtschaftlichen Druck des Arbeitnehmers zurückzuführen sein kann, unter dem er aus dem angegebenen Grunde stehe. Zu Unrecht begnügt man sich in dem angeführten Urteil mit dem Hinweise darauf, daß die Tarifparteien sich durch die Vereinbarung der kurzen Ausschlußfrist bewußt über derartige Zwangslagen hinweggesetzt hätten. Denn auch der kollektive Gestaltungswille muß vor der „guten Sitte“ haltmachen [20]).

Allerdings ist die Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, unter Berücksichtigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts zu entscheiden. Maßgebend sind dabei die jeweiligen Anschauungen des Personenkreises, in welchem es vorgenommen wird [21]). Daraus ergibt sich, daß der Begriff der guten Sitten relativ und wandelbar ist. Infolgedessen ist innerhalb des kollektiven Arbeitsrechts ein anderer Maßstab anzulegen als auf anderen Rechtsgebieten. Demgemäß wird man die Sittenwidrigkeit einer Kollektivvereinbarung nur unter strengeren Voraussetzungen bejahen dürfen als bei sonstigen Abmachungen [22]).

---

[17]) Fuchs, JW. 1928 S. 2108.
[18]) Vgl. z. B. die in Anm. 15 angeführten Urteile.
[19]) RAG. JW. 1931, 3232.
[20]) s. oben S. 18 Anm. 13.
[21]) Staudinger-Riezler, a. a. O., Bem. I 2 zu § 138.
[22]) Dersch, a. a. O., S. 62 Abs. 2.

Aber auch von diesem Standpunkte aus sind die tariflichen Verwirkungsklauseln des hier erörterten Inhalts mit den Anforderungen der guten Sitten aus den oben dargelegten Gründen schlechterdings unvereinbar [23]). Sie sollen nämlich — wie der Einzelfall auch gelagert sein möge — noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Ansprüche des Arbeitnehmers vernichten. Es fehlt an einem zuverlässigen Anhalt für die Annahme, daß eine so erhebliche Einschränkung der Entschlußfreiheit des Einzelnen durch die Machtbefugnis der Tarifparteien gerechtfertigt sei. Jedenfalls darf sie nicht mißbraucht werden. Sollten sich im Einzelfalle für den Arbeitgeber unbillige Härten ergeben, ist der Richter immer noch in der Lage, dem erhobenen Anspruch wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben die Anerkennung zu versagen.

§ 18.

Insbesondere: Arbeitsordnung.

Die Arbeitsordnung ist die wichtigste Art normativ wirkender Betriebsvereinbarungen.

Im Gegensatz zu dem früheren Recht schafft die Arbeitsordnung jetzt objektives Recht. Diese Wirkung konnte der Gesetzgeber aber nur zulassen, wenn er durch zwingende Rechtssätze in die Vertragsfreiheit der Beteiligten eingriff. Dies ist in weitem Umfange geschehen.

Im Vordergrunde steht der allgemeine Grundsatz, daß ein Verstoß gegen zwingende Bestimmungen — mögen sie formeller oder materieller Natur sein — die Nichtigkeit der gesetzwidrigen Vereinbarung zur Folge hat. Er ist in § 134 c Abs. 1 GewO. ausdrücklich festgelegt.

Im übrigen ist die Gestaltungsfreiheit der Beteiligten insofern erheblich beeinträchtigt, als der wesentliche Inhalt der Arbeitsordnung durch gesetzliche Regelung, wenigstens in den Grundzügen, festgelegt ist. Dabei handelt es sich gewissermaßen um einen Rahmen.

Während § 134 b Abs. 3 GewO. die fakultativen Bestimmungen der Arbeitsordnung regelt, betrifft Abs. 1 dieser Bestimmung den notwendigen Teil der Arbeitsordnung.

Unbedingt notwendig sind Vereinbarungen über Beginn und Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit und der Pausen für erwachsene

---

[23]) Potthoff, JW. 1930, 740 unten; Jadesohn, ArbR. 1932, Sp. 355.

[1]) Näheres über die Entwicklungsgeschichte der Arbeitsordnung: Jacobi, a. a. O., § 19.

[2]) Jacobi, a. a. O., S. 24.

Arbeitnehmer (Ziff. 1) sowie über Zeit und Art der Lohnzahlung, die jedoch Sonntags nur mit behördlicher Zulassung stattfinden darf (Ziff. 2). Bedingt notwendig sind Bestimmungen über Kündigungsfristen, Entlassungs- und Austrittsgründe (Ziff. 3), über Art und Höhe der Straffestsetzung (Ziff. 4) sowie schließlich über die Verwirkung von Lohnbeträgen und ihre Verwendung (Ziff. 5).

In den letzten drei Fällen besteht grundsätzlich kein Zwang zur Regelung der erwähnten Angelegenheiten. Nur wenn sie geregelt werden, müssen sie den vom Gesetzgeber verlangten Inhalt aufweisen. Diese Rechtslage ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes „sofern".

Eine Arbeitsordnung, die nicht den gesetzlich notwendigen Inhalt hat, ist ohne rechtliche Wirkung. Insoweit ist also die kollektive Gestaltungsfreiheit eingeschränkt.

Da der Gesetzgeber die Beteiligten nicht auf den „notwendigen" Inhalt der Arbeitsordnung beschränkt hat, ist es ihnen nicht verwehrt, darüber hinaus Vereinbarungen zu schaffen, die sich auf die Ordnung des Betriebes beziehen. Dahin gehört auch das Verhalten innerhalb des Betriebes (§ 134 b Abs. 3 GewO.). Das Verhalten der Arbeiter außerhalb des Betriebes ist aber nur insoweit der kollektiven Regelung durch Arbeitsordnung zulässig, als minderjährige Arbeiter in Frage kommen. Mit Rücksicht auf die eindeutige Fassung des § 134 b Abs. 3 Satz 2 GewO. ist es nicht zulässig, derartige Abreden auf volljährige Arbeiter auszudehnen [4]).

Einen Anwendungsfall des § 134 b Abs. 3 GewO. bilden Vereinbarungen, die man unter der Bezeichnung „Torkontrolle" zusammenzufassen pflegt. Man versteht darunter Abreden, die die Arbeitnehmer verpflichten, beim Verlassen des Betriebes eine Durchsuchung der Kleidungsstücke über sich ergehen zu lassen.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß es sich hierbei um verbotene Eingriffe in die durch Art. 114 Satz 1 RVerf. gewährleistete, persönliche Freiheit handele. Nur soweit sie „durch die öffentliche Gewalt" erfolgen und auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen, sind Beeinträchtigungen der persönlichen Freiheit zulässig (Art. 114 Satz 2 RVerf.).

Für Betriebsvereinbarungen über das Recht des Arbeitgebers zur Kontrolle des Arbeitsnehmers fehlt es zwar nicht an dem Erfordernis der gesetzlichen Ermächtigung, wie sich aus § 134 b Abs. 3 GewO. ergibt und schon Seite 105 oben hervorgehoben ist. Wohl

---

[4]) Nipperdey, a. a. O., Anm. 34 zu § 34; a. A. Stritzke, ArbR, 1931, 355 ff.

aber mangelt es an dem weiteren Erfordernis, daß nämlich die bezeichneten Eingriffe von der „öffentlichen Gewalt“ ausgehen. Denn die Betriebsvertretung ist k e i n Träger solcher Gewalt, sondern ist privatrechtlicher Natur[4a]).

Trotzdem ist die grundsätzliche Gültigkeit von Abreden betreffend die Torkontrolle zu bejahen:

Auch im öffentlichen Recht sind Eingriffe in die Rechtssphäre des einzelnen zu finden, die trotz Fehlens einer entsprechenden Ermächtigung des Gesetzgebers allgemein als rechtlich zulässig angesehen werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß sie durch ein „besonderes Gewaltverhältnis“[4b]) gegenüber der Einzelperson gerechtfertigt werden. Ein solches dürfte vorliegen, wenn sich jemand in den Machtbereich einer öffentlichen Stelle begibt, sodaß er schon durch den Eintritt besondere Pflichten übernimmt. Man denke z. B. an die Benutzung einer öffentlichen Bücherei; hier müssen die Besucher auch ohne g e s e t z l i c h e Regelung dulden, daß sie beim Verlassen der Bücherei kontrolliert werden.

Ein derartiges, meist auf freiwilliger Unterwerfung beruhendes Gewaltverhältnis ist jedoch in einem Arbeitsverhältnis nicht enthalten, da es an der hierzu erforderlichen Willensrichtung des Arbeitnehmers mangelt. Allerdings ist dieser dem Arbeitgeber zum G e h o r s a m verpflichtet. Jedoch gehört diese Verpflichtung dem Privatrecht an, und ihr Inhalt wird wie jede sonstige Vertragspflicht mangels besonderer Abrede durch den Grundsatz von Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmt (§ 242 BGB.). Aus der Gehorsamspflicht läßt sich nicht ohne weiteres folgern, daß der Arbeitnehmer sich eine körperliche Untersuchung gefallen lassen müsse; eine allgemeine Übung läßt sich in dieser Hinsicht nicht feststellen. Die bloße Eingehung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere die sich daraus ergebende Gehorsamspflicht, berechtigt also den Arbeitgeber noch nicht zur Torkontrolle[4c]).

Dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Abrede, die sowohl durch Einzelabmachung als auch im Wege der (stärkeren) Gesamtvereinbarung[4d]) zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses erhoben werden kann. Da auch die Arbeitsord-

---

[4a]) Ausführlich und überzeugend: Nipperdey, a. a. O., § 54, 2 (S. 553) mit Nachweisen für und wider.

[4b]) Vgl. z. B. Jellinek, a. a. O., S. 122; Fleiner, a. a. O., S. 165/166.

[4c]) Staudinger-Nipperdey, Bem. VI 5 zu § 611; Hueck, Lehrb., Bd. I S. 178; RAG. Bensh.S. Bd. 6, 215.

[4d]) RAG. Bensh.S. Bd. 6, 217; Nipperdey, a. a. O., § 9 III 2 a; Hueck, Lehrb., I, 178.

nung eine Gesamtvereinbarung darstellt, kann sie sich wirksam mit der Regelung der Torkontrolle befassen.

Obwohl die Regeln über die „Torkontrolle" dem sog. fakultativen Teil der Arbeitsordnung angehören, gelten auch für sie die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit. Insbesondere ist darauf Bedacht zu nehmen, daß die guten Sitten nicht verletzt werden. Weibliche Arbeitnehmer brauchen sich deshalb die Untersuchung ihrer Kleider nicht von Männern gefallen zu lassen und umgekehrt [7]).

Für andere Arbeitsbedingungen, z. B. Regeln über Urlaub, Sonntagsarbeit, Lohnzahlung im Krankheitsfalle oder bei Betriebsstörungen ist innerhalb der Arbeitsordnung kein Raum. § 78 BRG. unterscheidet in Ziff. 2 und 3 ausdrücklich die Arbeitsordnung von der Betriebsvereinbarung über Arbeitsverhältnisse. Außerdem liegt die Vereinbarung von Arbeitsbedingungen nicht mehr im Rahmen des § 134 b GewO. [8]) Sie hat mit der Ordnung des Betriebes nichts zu tun. Nur soweit ein Tarifvertrag nicht besteht, kann sich eine Betriebsvereinbarung nach § 78 Ziff. 2 BRG. damit befassen.

Aus der gleichen Erwägung können in der Arbeitsordnung Verwirkungsklauseln bezüglich tariflicher Ansprüche nicht wirksam verabredet werden, zumal dies auf eine Umgehung des Tarifvertrages hinauslaufen würde [9]).

Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Arbeitsordnung ist gemäß § 134 a Abs. 4 GewO. grundsätzlich dem Gestaltungswillen der Parteien überlassen. Der Gesetzgeber hat jedoch insofern eine Schranke gezogen, als die Arbeitsordnung nicht früher als zwei Wochen seit Erlaß Geltung erlangen kann. Daraus ergibt sich, daß der Arbeitsordnung keine rückwirkende Kraft beigelegt werden kann [10]).

---

[4]) Hueck, a. a. O., § 14 III.

[5]) s. zu Anm. 6 ferner Fuchs, JW. 1925, 1870; LG. Köln, JW. 1924 S. 1059; Dersch, a. a. O., S. 174.

[6]) RAG. Bensh.S. Bd. 6, 215; Staudinger-Nipperdey, Bem. VI 5 zu § 611 mit weiteren Nachweisen.

[7]) Aehnlich Landmann-Rohmer, a. a. O., S. 632, Anm. 11 a. E. zu § 134 b.

[8]) a. A. Jacobi, a. a. O., S. 327 u. a., infolge ausdehnender Auslegung des § 134 b Abs. 3 GewO. Dagegen Landmann-Rohmer, a. a. O., S. 562; Nipperdey, a. a. O., § 34 III 4. Die Streitfrage hat keine praktische Bedeutung, da die in der Arbeitsordnung festgesetzten Arbeitsbedingungen als Betriebsvereinbarung i. S. des § 78 Ziff. 2 BRG. anzusehen sind.

[9]) a. A. RAG. JW. 1930, 740 Nr. 4; dagegen aber überzeugend: Potthoff, daselbst.

[10]) Jacobi, a. a. O., S. 322; Landmann-Rohmer, a. a. O., Anm. 6 u. 7 zu § 134 a.

Ferner ist der kollektive Gestaltungswille dadurch verdrängt, daß der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Erlasses der Arbeitsordnung erschöpfend und zwingend vorgeschrieben hat. Denn nach § 134 a Abs. 1 Satz 3 GewO. ist die Arbeitsordnung erst erlassen, wenn der Arbeitgeber den Aushang nach Maßgabe des § 134 e Abs. 2 GewO. bewirkt hat. Die Parteien können daran nichts ändern, also nicht etwa verabreden, daß die Arbeitsordnung mit der Bekanntmachung durch den Gruppenrat als erlassen gelten solle [11]).

Die Parteien sind gehalten, ihre Abmachungen im einzelnen niederzulegen, da eine Bezugnahme auf Tarifverträge wegen des mit § 134 e Abs. 2 GewO. verfolgten Zweckes, die Vereinbarung durch Aushang und Aushändigung bei den beteiligten Arbeitnehmern bekannt werden zu lassen, nicht gestattet ist.

In Betrieben, für die ein Zwang zum Erlaß einer Arbeitsordnung besteht, kann die Geltungsdauer der Arbeitsordnung durch den kollektiven Gestaltungswillen nicht zeitlich begrenzt oder gar außer Kraft gesetzt werden [12]). Denn die einmal erlassene Arbeitsordnung gilt gemäß § 134 a Abs. 3 GewO. bis sie entweder ordnungsmäßig geändert oder durch eine neue ersetzt wird.

Abänderungen der Arbeitsordnung unterliegen in bezug auf Erlaß und Inkrafttreten den für die Arbeitsordnung selbst geltenden Vorschriften (§ 134 a Abs. 3 und 4 GewO.).

3. Abschnitt:

Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der schuldrechtlichen Wirkung von Gesamtvereinbarungen.

a) Tarifvertrag.

§ 19.

Durchführungs-, Friedens- und Garantiepflicht.

1. Die Durchführungspflicht ist eine Ausstrahlung der allgemeinen Vertragserfüllungspflicht [1]). Sie bedeutet, daß die Tarifparteien auf die tarifgemäße Erfüllung der Arbeitsverträge hinzuwirken haben. Sie müssen alles unterlassen, was geeignet wäre, die Erfüllung der normativ wirkenden Tarifbestimmungen zu beeinträch-

[11]) Nipperdey, a. a. O., Anm. 18 zu § 34; Jacobi, a. a. O. S. 321 Anm. 10.
[12]) Jacobi, a. a. O., S. 324; Nipperdey, a. a. O., § 38 I 2 a.
[1]) Dersch, a. a. O., S. 104 Anm. 2. Näheres über Begriff und Inhalt dieser Pflicht bei: Nipperdey, a. a. O., § 10 III 3; Nikisch, Friedenspflicht, Durchführungspflicht und Realisierungspflicht, Weimar, 1932.

tigen. Ferner haben sie auf ihre Mitglieder einzuwirken, und zwar in der Weise, daß diese die Tarifbestimmungen beachten.

Von verschiedenen Seiten [2]) wird nun die Ansicht vertreten, daß nur dann eine Durchführungspflicht bestehe, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen sei. Wenn diese Auffassung zuträfe, würde es den Tarifparteien möglich sein, die Durchführungspflicht durch vertragsmäßige Abmachung ausdrücklich auszuschließen.

Tarifverträge mit derartigen Abreden dürften zwar kaum vorkommen, weil im allgemeinen jede Vertragspartei ein Interesse daran hat, daß die getroffenen Abmachungen erfüllt werden; anderenfalls hätte man die Tarifvereinbarung garnicht erst zu schaffen brauchen. Immerhin ist es denkbar, daß eine Tarifpartei nicht über die erforderlichen Machtmittel gegenüber ihren Mitgliedern verfügt oder von ihnen keinen Gebrauch machen will und deshalb keine Durchführungspflicht übernehmen möchte.

Dieser Erfolg läßt sich aber nicht herbeiführen. Mit bloß normativ wirkenden Abreden könnte die Tarifidee nicht verwirklicht werden. Im Wesen jedes Vertrages liegt es, daß aus seinem Abschluß für die Parteien ohne weiteres die Erfüllungspflicht erwächst. Infolgedessen muß die Durchführungspflicht als ein notwendiger Bestandteil jedes Tarifvertrages angesehen werden [3]). Sie kann daher durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden. Würde die Durchführungspflicht einmal ausdrücklich ausgeschlossen werden, so läge kein Tarifvertrag, sondern nur eine unverbindliche Richtlinienabrede vor.

2. Von der Durchführungspflicht ist zu scheiden: die Friedenspflicht. Darunter versteht man im kollektiven Arbeitsrecht die Pflicht, während der Dauer eines Tarifvertrages den Arbeitsfrieden zu wahren. Je nach dem Grade dieser Verpflichtung spricht man von der relativen und der erweiterten Friedenspflicht. Als stärkste Form der letzteren erscheint die absolute Friedenspflicht, da sie für die Zeit der Geltung des Tarifvertrages überhaupt jede Kampfmaßregel verbietet; dagegen macht die relative Friedenspflicht nur solche

---

[2]) So hält z. B. Molitor, a. a. O., S. 98 die schuldrechtliche Seite des Tarifvertrages nicht für notwendig. Bache, a. a. O., S. 32 konstruiert insoweit eine „stillschweigende Vereinbarung".

[3]) So die h. L.: Dersch, a. a. O., S. 46; Sitzler-Goldschmidt, a. a. O., S. 22; Jacobi, a. a. O., S. 205; Nipperdey, a. a. O., Anm. 59 zu § 10; dies gilt auch für die Betriebsvereinbarung, Hiller, a. a. O., S. 45; s. auch unten Anm 5.

Kampfmaßnahmen unzulässig, welche tarifwidrige Zwecke verfolgen [4]).

Die relative Friedenspflicht ist wie die Durchführungspflicht ein unselbständiger Bestandteil der allgemeinen Vertragserfüllungspflicht und wohnt deshalb auch ohne besondere Vereinbarung jedem Tarifvertrage notwendig inne. Sie beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Ebensowenig wie dieser durch Parteiwillen außer Kraft gesetzt werden könnte, ist es dem kollektiven Gestaltungswillen möglich, die relative Friedenspflicht wirksam auszuschließen. Eine dahingehende Abrede würde den ganzen Tarifvertrag ungültig machen [5]).

Dagegen sind die Tarifvertragsparteien nicht gehindert, die Friedenspflicht inhaltlich näher auszugestalten [6]). Insbesondere ist eine Erweiterung der Friedenspflicht — etwa für die Zeit nach Beendigung des Tarifvertragsverhältnisses [7]) — nicht zu beanstanden. An einer solchen Erweiterung können die Tarifparteien ein schutzwürdiges Interesse haben, z. B. um den Abschluß eines neuen Tarifvertrages zu erleichtern.

3. Die absolute Friedenspflicht braucht aber nicht immer vorhanden zu sein, auch wenn die Friedenspflicht über das normale Maß erweitert wird. Sie wird nicht von selbst Vertragsinhalt, sondern setzt eine entsprechende Abrede der Tarifvertragsparteien voraus. Insoweit kann sich ihr Gestaltungswille frei betätigen. Denn die absolute Friedenspflicht gehört ebenso wie die relative Friedenspflicht zu den Unterlassungs- und Handlungspflichten, deren Regelung im Privatrecht im freien Belieben der Parteien steht.

Auch gegen die Rechtsgültigkeit einer Tarifbestimmung, daß beide Parteien oder auch nur eine der anderen gegenüber verpflichtet seien, ihrem Vertragsgegner wirtschaftliche Kampfmaßnahmen vorher anzukündigen, lassen sich durchgreifende Bedenken nicht erheben. Zwar ist in der Rechtsprechung gelegentlich [9]) der Standpunkt ver-

---

[4]) Hueck, a. a. O., § 14 III.

[5]) Jacobi, a. a. O., S. 204; Dersch, a. a. O., S. 104; Herschel, a. a. O., S. 63; RG. JW. 1927, 2363 (für den Zwangstarifvertrag); Nipperdey, a. a. O. § 10 II 1 a mit weiteren Angaben. Dagegen diejenigen, welche die Friedenspflicht als „stillschweigend gewollt" ansehen. Näheres dazu bei Jacobi, a. a. O., S. 204, Anm. 69 Abs. 2, auch wohl RGZ. 113, 198.

[6]) etwa dahin, daß vor Einleitung von Kampfmaßnahmen zunächst die Schlichtungsstelle anzurufen sei: RAG. SchliW. 1930 Sp. 435.

[7]) Nipperdey, a. a. O. § 10 II 3 a.

[8]) Dersch, a. a. O., S. 110; RAG. Bensh.S. Bd. 7, 536.

[9]) RGZ. 111, 110.

treten worden, daß eine Mitteilungspflicht nur bestehe, wenn sie „ausdrücklich“ vereinbart worden sei. Indessen erscheint das Verlangen nach „ausdrücklicher“ Willenserklärung nicht gerechtfertigt, da ein entsprechender Rechtssatz nicht vorhanden ist und es auch sonst regelmäßig genügt, wenn sich ein auf die Begründung dieser Verpflichtung gerichteter Wille im Wege der Auslegung des schriftlich niedergelegten Tarifvertrages ermitteln läßt [10]).

Auch in sog. Firmentarifverträgen können besondere Friedensklauseln verabredet werden [11]).

4. Eine eigenartige Erweiterung der Friedenspflicht bildet die sog. Garantiepflicht [13]). Sie lehnt sich an den im Privatrecht auch sonst allgemein anerkannten Garantievertrag an. Darunter versteht man einen Vertrag, in dem sich der eine Teil dem anderen gegenüber verpflichtet, für einen von dritter Seite versprochenen oder zu versprechenden Erfolg tatsächlicher oder rechtlicher Natur einzustehen [14]). Soweit die Garantieübernehmer juristische Personen sind, gelten keine Besonderheiten, da sie grundsätzlich den natürlichen Personen gleichgestellt sind.

Auch die Träger des kollektiven Arbeitsrechts, d. h. die wirtschaftlichen Verbände, sind nach geltendem Recht zur Übernahme einer Garantiehaftung imstande [15]). Voraussetzung dafür ist aber, daß der betreffende Verband Rechtsfähigkeit besitzt; die bloße Tariffähigkeit reicht nicht aus. Denn die Übernahme von Garantiehaftungen liegt nicht mehr im Rahmen des in § 1 TVO. geregelten Aufgabenkreises der Tarifparteien, Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. Dagegen bildet die Bestimmung des § 152 Abs. 2 GewO., wonach Mitglieder jederzeit aus dem Verbande austreten können und eine Inanspruchnahme derselben ausgeschlossen ist, kein Hindernis für Eingehung eines Garantievertrages. § 152 GewO. betrifft nur das Verhältnis des Verbandes zu seinen Mitgliedern, nicht aber das Verhältnis zu der anderen Tarifpartei, und ist gemäß Art. 179 Abs. 2 RVerf. 1919 wegen Unvereinbarkeit mit Art. 159 a. a. O. bedeutungslos geworden [16]).

---

[10]) RAG. Bensh.S. Bd. 9, 122.
[11]) RAG. Bensh.S. Bd. 6, 624.
[13]) Nipperdey, a. a. O., § 10 II 3 d.
[14]) Dersch, a. a. O., S. 110 Anm. 4; Staudinger-Engelmann, a. a. O., Vem. 6 b vor § 765.
[15]) Dersch, a. a. O., S. 110 Anm. 4.
[16]) RGZ. 111, 203.

§ 20.

Absperrungsklauseln.

Unter Absperrungsklauseln im weitesten Sinne versteht man Vereinbarungen, die den Zweck verfolgen, die Vorteile der tariflichen Regelung nur bestimmten Personen zuteil werden zu lassen. Diese „Absperrung" suchen die Tarifvertragsparteien auf verschiedene Weise zu erreichen.

Die Absperrungsklauseln sind sowohl in allgemeiner als auch in beschränkter Form zu finden.

Als sog. allgemeine Absperrungsklausel bezeichnet man [1]) eine Tarifbestimmung, wonach tarifgebundene Arbeitgeber nur Arbeitnehmer beschäftigen dürfen, die Mitglied irgend einer beliebigen wirtschaftlichen Vereinigung sind, oder wonach umgekehrt tarifgebundene Arbeitnehmer nur bei solchen Arbeitgebern in Dienst treten dürfen, die einem wirtschaftlichen Berufsverband angehören. Die allgemeine Absperrungsklausel richtet sich also nur gegen Nichtorganisierte.

Weitergehend ist die sog. beschränkte Absperrungsklausel, indem sie auch solche Personen ausschließt, die zwar organisiert, aber nicht Mitglied einer bestimmten wirtschaftlichen Vereinigung sind. Sie liegt also regelmäßig vor [2]), wenn der kollektive Gestaltungswille der Tarifparteien dahin geht, daß die Tarifvereinbarungen ausschließlich den Mitgliedern der Vertragschließenden zugutekommen sollen oder daß die Mitgliedschaft sogar eine Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses bilden soll.

Auf gleicher Stufe stehen Vereinbarungen, die man als Nachweisklauseln zu bezeichnen pflegt [3]). Sie bedeuten, daß Arbeitsverträge nur unter Vermittlung eines von den Tarifparteien bestimmten, meist sogar von ihnen errichteten Arbeitsnachweises geschlossen werden dürfen. Da die Nachweisklausel nur eine Abart der beschränkten Organisationsklausel ist, gilt für sie kein Sonderrecht [4]).

Allen diesen Vereinbarungen ist gemeinsam, daß sie auf eine Stärkung der wirtschaftlichen Machtstellung der vertragschließenden

---

[1]) Dersch, a. a. O., S. 318.

[2]) Hueck, a. a. O., § 26 zu Note 9; Nipperdey, a. a. O., § 49 III 4 b S. 510.

[3]) Nipperdey, a. a. O., § 9 zu Anm. 86. Die tariflich eingesetzten Arbeitsnachweise gehen den behördlichen grundsätzlich vor, Dersch, a. a. O., S. 40.

[4]) Hueck, a. a. O., S. 28.

Verbände abzielen, indem sie auf alle in Betracht kommenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Druck zum Anschluß an gewisse wirtschaftliche Berufsvereinigungen ausüben. Daneben sollen sie verhindern, daß Arbeitsverhältnisse zu anderen als den tariflich vorgesehenen Bedingungen begründet werden.

Die Rechtswirksamkeit der bezeichneten Vereinbarungen ist verschieden zu beurteilen:

Hinsichtlich der „allgemeinen" Organisationsklausel wird zutreffend angenommen [5]), daß sie regelmäßig gültig sei.

Es ist daran festzuhalten, daß durch Art. 159 S. 1 RVerf. 1919, der unmittelbar geltendes Recht darstellt [6]), nur die Freiheit, sich einer wirtschaftlichen Vereinigung anzuschließen (positive Vereinigungsfreiheit), garantiert wird. Dagegen ist die Freiheit, sich von wirtschaftlichen Vereinigungen fernzuhalten (negative Vereinigungsfreiheit) nicht verfassungsmäßig gewährleistet [7]). Weder aus dem Wortlaut des Art. 159 RVerf. 1919 oder einer sonstigen Bestimmung noch aus der Entwicklungsgeschichte des Art. 159 ist ein zuverlässiger Anhalt dafür zu gewinnen, daß auch die negative Vereinigungsfreiheit geschützt werden sollte.

Hiernach steht es grundsätzlich im freien Belieben des Einzelnen, ob und welcher Vereinigung er beitritt. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die organisierte Arbeitnehmerschaft ein berechtigtes Interesse an dem Zusammenschluß aller in Betracht kommenden Arbeitnehmer hat, weil dadurch der Einfluß der Verbände auf die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen vergrößert wird. Die Verbände dürfen deshalb zur Herbeiführung dieses Erfolges einen gewissen Druck auf die unorganisierten Arbeitnehmer ausüben und Widerstände mit erlaubten Mitteln brechen [8]). Dafür läßt sich auch Art. 165 RVerf. 1919 verwerten, durch den die Bestrebungen der Berufsvereinigungen in gewissen Grenzen geschützt und gefördert werden sollen.

Allerdings bestimmt BRG. § 81 Abs. 1 Satz 1, daß die Einstellung eines Arbeitnehmers nicht von der Zugehörigkeit zu einem beruflichen Verein abhängig gemacht werden dürfe. Diese Vorschrift

---

[5]) Nipperdey, a. a. O., § 49 III 4b (S. 512).

[6]) RGZ. 111, 202.

[7]) Nipperdey, a. a. O., § 49 mit ausführlicher und überzeugender Begründung. Ferner Flatow-Kahn-Freund, a. a. O., S. 335 u. 464; Sinzheimer, a. a. O., S. 81; Dersch, a. a. O., S. 318 u. a. Dagegen: Anschütz, a. a. O., Bem. 4 zu Art. 159; Kaskel, a. a. O., S. 279; Jacobi, a. a. O., S. 96; Groh, SchliW. 1927 Sp. 401 ff.

[8]) RGZ. 104, 330; KG. SchliW. 1925 Sp. 133; Dersch, a. a. O., S. 318.

steht jedoch der Gültigkeit der allgemeinen Absperrungsklausel nicht entgegen [9]), weil sie sich auf tarifliche Vereinbarungen überhaupt nicht bezieht, vielmehr gerade voraussetzt, daß kein Tarifvertrag vorhanden ist. § 81 Abs. 1 BRG. nimmt nämlich ausdrücklich auf § 78 Ziff. 8 BRG. Bezug, wo das Fehlen tariflicher Regelung als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vereinbarung von Einstellungsrichtlinien gekennzeichnet wird. Auch aus der Bestimmung des Absatz 3 des § 81 BRG., daß tarifliche Vereinbarungen den Richtlinien vorgehen, ist ersichtlich, daß § 81 Abs. 1 BRG. in die kollektive Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien nicht ergreifen will.

Vereinbarungen, die sich auf die Eigenart und die Bestrebungen der im § 67 BRG. bezeichneten, in das Geltungsgebiet des Tarifvertrages fallenden Betriebe (sog. Tendenzbetriebe) erstrecken, sind ebenfalls grundsätzlich wirksam [10]). Insoweit sind auch innerhalb des Betriebsvereinbarungsrechts Erschwerungen bei der Einstellung und Erleichterungen bei der Entlassung von Arbeitnehmern ausdrücklich zugelassen (BRG. §§ 81 Abs. 2, 85 Abs. 1).

Die Nichtigkeit einer allgemeinen Absperrungsklausel kann hiernach nur bejaht werden, wenn der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. erfüllt ist. Die guten Sitten bieten hier wie sonst eine Grenze für die Betätigung des kollektiven Gestaltungswillens. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an: Die Interessen der Gesamtheit müssen denen der Einzelperson gegenübergestellt werden. Wenn Tarifvereinbarungen zu einer Schädigung von Nichtorganisierten führen, die dem erstrebten Ziele nicht mehr entspricht, so überschreiten sie auch bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belange der Verbände das zulässige Maß der kollektiven Gestaltungsfreiheit und sind sittenwidrig [11]). Dieser Fall wäre z. B. gegeben, wenn eine erhebliche Bedrohung oder Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz von Nichtorganisierten eintreten würde. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des einzelnen, insbesondere die berufliche Betätigungsmöglichkeit, darf selbst dann nicht beeinträchtigt werden, wenn er sich keiner wirtschaftlichen Vereinigung angeschlossen hat.

Auch die grundsätzliche Gültigkeit der strengeren Form der Absperrung, der beschränkten Absperrungsklausel wird zum Teil bejaht [12]), jedoch zu Unrecht [13]). Denn derartige Tarifbestim-

---

[9]) Nipperdey, a. a. O., § 49 II 2 d.

[10]) Hueck, a. a. O., S. 27 unten.

[11]) Dersch, a. a. O., S. 318; Sitzler-Goldschmidt, a. a. O., S. 20.

[12]) Nachweise bei Nipperdey, a. a. O., in Anm. 36 zu § 49.

[13]) Staudinger-Nipperdey, a. a. O., Bem. III 2 zu § 611; Dersch, a. a. O., S. 318; Hueck, a. a. O., S. 26 ff.; Nipperdey, a. a. O., § 13 I 1 c a. E., § 49 (S. 511).

mungen beeinträchtigen die Willensfreiheit des einzelnen insofern, als er mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen hat, wenn er dem Verbande, der den Tarifvertrag mitabgeschlossen hat, nicht beitritt. Er wird auf diese Weise gehindert, sich einer Vereinigung anzuschließen, die ihm zur Wahrung seiner Interessen geeignet erscheint. Wenn er bereits Mitglied einer Vereinigung ist, so wird er durch die erwähnten Tarifbestimmungen am Verbleiben in seinem Verbande, zu dem er vielleicht gerade besonderes Vertrauen hat, verhindert. Einem darauf gerichteten Gestaltungswillen können die Tarifparteien keine Geltung vor der Rechtsordnung verschaffen, weil Art. 159 Satz 2 RVerf. 1919 solche Vereinbarungen für rechtswidrig erklärt. Die Nichtigkeit der beschränkten Absperrungsklausel ergibt sich daher schon aus § 134 BGB. [14])

Soweit hiernach Absperrungsvereinbarungen überhaupt wirksam getroffen werden können, kommt ihnen nur schuldrechtliche Bedeutung zu; jedoch bleibt es dem Gestaltungswillen der Tarifparteien überlassen, zu bestimmen, daß die Tarifnormen nicht für Arbeitsverträge gelten sollen [15]), die unter Verstoß gegen das tarifliche Verbot zustande gekommen sind.

b) Betriebsvereinbarung.

§ 21.
Einstellungsrichtlinien.

Nach § 78 Ziff. 8 BRG. liegt es der Betriebsvertretung ob, mit dem Arbeitgeber Richtlinien über die Einstellung von Arbeitnehmern zu vereinbaren. Man bezeichnet solche Vereinbarungen als „Einstellungsrichtlinien". Sie sind praktisch die wichtigste Art schuldrechtlich wirkender Betriebsvereinbarungen [1]).

Die Einstellungsrichtlinien sind in §§ 81—83 BRG. geregelt. Für die Grenzen der Gestaltungsfreiheit kommt im wesentlichen § 81 BRG. in Betracht.

Es fragt sich zunächst, ob die Einstellungsrichtlinien über den durch diese Vorschrift gezogenen Rahmen hinausgehen können. Dies ist zu bejahen, weil — wie aus der Fassung des Gesetzes zu entnehmen ist — der Gesetzgeber nur den Mindestinhalt der Einstellungsrichtlinien vorgeschrieben hat.

---

[14]) RAG. Bensh.S. Bd. 6, 99; Jacobi, a. a. O., S. 96; Nipperdey, a. a. O., § 49 III 4b (S. 511).

[15]) Nipperdey, a. a. O., § 9 I 9 c (S. 84/85).

[1]) Bache, a. a. O., S. 49; Flatow, a. a. O., Bem. 3 zu § 81; Nipperdey, a. a. O., § 37 II 4 b.

Die Einstellungsrichtlinien können zwar die Einstellung von Arbeitnehmern verbieten oder nur unter gewissen Beschränkungen gestatten. Sie können aber nicht die Einstellung anordnen. Letzteres wäre mit der durch die Bestimmungen der §§ 82 Abs. 1, 83 BRG. erfolgten Regelung und den sich aus einer Zuwiderhandlung gegen Einstellungsrichtlinien ergebenden Rechtsfolgen — nämlich mit dem Einspruchsrecht und der Möglichkeit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Richterspruch — schlechthin unvereinbar [2]). Demgemäß kann der Arbeitgeber durch die Richtlinienvereinbarung wirksam verpflichtet werden, Arbeitnehmer ohne gewisse Vorkenntnisse nicht einzustellen oder Lehrverträge nur in beschränkter Zahl abzuschließen.

Dagegen ist es dem Gestaltungswillen der Tarifparteien nicht gestattet, die Rechtsfolgen der Verletzung von Einstellungsrichtlinien abweichend von §§ 82, 83 BRG. zu vereinbaren, da die gesetzliche Regelung erschöpfend ist und daher nach allgemeinen Grundsätzen die Parteiwillkür zurückzutreten hat [3]).

4. Abschnitt: Beendigungsfreiheit.

§ 22.

Geltungsdauer von Tarifverträgen.

Vermöge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit haben es die Vertragsparteien regelmäßig in der Hand, die Dauer ihrer Rechtsbeziehungen nach Belieben zu ordnen. Das gilt auch für die Tarifparteien [1]).

Infolgedessen kann der Gestaltungswille der Tarifparteien Beginn und Ablauf des Tarifvertragsverhältnisses auch von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses, etwa Erhöhung oder Senkung der Mieten, abhängig machen. Aus dem gleichen Grunde ist eine Vereinbarung des Inhalts, daß das Tarifvertragsverhältnis unter Einhaltung einer bestimmten Frist gekündigt werden könne, nicht zu beanstanden.

Zweifelhaft ist dagegen, ob die Tarifparteien das Recht zur fristlosen Kündigung des Tarifvertragsverhältnisses wirksam ausschließen können. Die Beantwortung dieser Frage hängt in erster Linie davon ab, ob Tarifverträge überhaupt aus wichtigem Grunde kündbar sind. Darüber gehen die Ansichten auseinander. Aber wie man sich auch immer zu der Streitfrage stellen mag — in

---

[2]) Nipperdey, a. a. O., § 37 II 4 b.
[3]) Jacobi, a. a. O., S. 343.
[1]) Jacobi, a. a. O., S. 216.

jedem Falle kann eine Abrede des Inhalts, daß eine fristlose Kündigung des Tarifvertrages nicht statthaft sei, getroffen werden.

Stellt man sich mit der wohl herrschenden Lehre [2]) auf den Standpunkt, daß es ein außerordentliches Kündigungsrecht für Tarifverträge nicht gebe und die Tarifparteien für den Fall des Eintritts „völlig unerwarteter und ganz außergewöhnlicher Ereignisse“ [3]) auf ein aus § 242 BGB. abgeleitetes Rücktrittsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage angewiesen seien, so bedeutet die Abrede in Wirklichkeit nur die Anerkennung eines ohnehin bestehenden Rechtszustandes. Sie ist also jedenfalls nicht unzulässig und daher wirksam.

Aber auch bei Anerkennung eines außerordentlichen Kündigungsrechts [4]) wäre die Abmachung gültig. In diesem Falle stellt sie rechtlich einen Verzichtsvertrag dar, der schon vor Entstehung eines die Kündigung rechtfertigenden Tatbestandes zustandekommt. Da die Gültigkeit eines im voraus erklärten Verzichts allgemein anerkannt ist [5]), können sich auch Tarifparteien des etwaigen Rechts auf fristlose Beendigung des Tarifvertragsverhältnisse im voraus begeben. Es ist schlechthin nicht einzusehen, weshalb die Rechtsordnung im Regelfalle denjenigen schützen sollte, der seine Rechtslage — gleichviel, wie sie sich gestalten möge — im voraus durch bestimmte Willenserklärungen beeinflußt. Der Gesichtspunkt, daß die Erwerbs- und Geschäftsfreiheit der Beteiligten gewahrt bleiben müsse, scheidet bei Tarifverträgen vollkommen aus, da die Parteien im allgemeinen über die gleiche wirtschaftliche Machtfülle verfügen und „Erwerbs- und Geschäftsfreiheit“ bei ihnen so gut wie garnicht in Betracht kommen. Ein über die Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB. hinausgehender Schutz der Tarifparteien würde einen ungerechtfertigten Eingriff in die Gestaltungsfreiheit bedeuten.

§ 23.

Abtretung von Rechten.

Die Abtretung dürfte begrifflich als ein Anwendungsfall der Vertragsbeendigungsfreiheit anzusehen sein. Denn sie setzt — abgesehen von dem hier nicht interessierenden Fall des gesetzlichen

---

[2]) RAG. Bensh.S. Bd. 5 S. 415; Dersch, a. a. O., S. 127; Nipperdey, a. a. O., § 16 II 1.

[3]) RAG. Bensh.S. Bd. 5, 415.

[4]) Sinzheimer, a. a. O., S. 253; Jacobi, a. a. O., S. 217 mit Nachweisen; Hoeniger, NZfAR. 1929 Sp. 204.

[5]) Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. I 2 Abs. 5 zu § 397.

Rechtsüberganges (§ 412 BGB.) — eine Willenseinigung voraus und bewirkt, daß der bisherige Gläubiger aus dem Schuldverhältnis ausscheidet, daß es also hinsichtlich des bisherigen Gläubigers beendet wird. Daher kann man die Untersuchung über die Grenzen der Vertragsfreiheit im kollektiven Arbeitsrecht nicht abschließen, ohne zuvor der noch wenig erörterten Frage, ob und inwieweit einzelne tarifliche Rechte übertragen werden können Beachtung geschenkt zu haben.

Dabei müssen die Rechte, die für die Tarifparteien selbst begründet worden sind, scharf geschieden werden von denen, die den Parteien des tarifunterworfenen Einzelarbeitsverhältnisses zustehen.

1. Was zunächst die Ansprüche der Einzelparteien angeht, so hängt die Wirksamkeit tariflicher Vereinbarungen über die Abtretung in erster Linie davon ab, ob die Übertragbarkeit der aus dem Einzelarbeitsverhältnis entspringenden Rechte als Arbeitsbedingung i. S. des § 1 Abs. 1 TVO. anzusehen ist. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus [1]) ist diese Frage zu bejahen. Denn nach BGB. § 399 letzter Halbsatz könnte die Übertragbarkeit der auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Ansprüche von den Einzelparteien nach Belieben geregelt werden, soweit nicht besondere öffentlich-rechtliche Vorschriften, die im Interesse des Arbeitnehmers erlassen sind [2]), etwas anderes bestimmen.

Was aber der Einzelwille vermag, muß grundsätzlich und erst recht dem stärkeren Willen einer Gesamtheit gestattet sein. Daher steht es auch Tarifparteien frei, die Abtretbarkeit von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis mit normtaiver Wirkung tariflich zu regeln. Nur insofern besteht eine Schranke, als durch die Tarifvereinbarung nicht zwingende Gesetzesvorschriften verletzt werden dürfen. Daher wäre z. B. eine Tarifbestimmung des Inhalts nichtig, daß die Abtretung von unpfändbaren Lohnansprüchen zulässig sei. (BGB. §§ 400, 134).

Wohl aber gestattet die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien, den Anspruch auf Dienstleistung für übertragbar zu erklären, da die Bestimmung des § 613 Satz 2 BGB., wie die Worte „im Zweifel" erkennen lassen, nur eine Auslegungsregel bildet. Ebenso ist es Tarifparteien unbenommen, die Abtretbarkeit von Lohnforderungen gemäß § 399 BGB. ganz oder teilweise zu verbieten.

2. Zweifelhafter ist die Frage, ob die Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien auch die Befugnis zur Übertragung von Rechten auf

---

[1]) s. o. S. 25 zu Anm. 4.

[2]) z. B. Lohnbeschlagnahmegesetz, § 2 Abs. 1.

einen anderen Gläubiger in sich schließt, die in dem schuldrechtlich wirkenden Teil des Tarifvertrages begründet sind. Sie kann z. B. praktische Bedeutung erlangen, wenn die berechtigte Tarifpartei aus irgendwelchen Gründen selbst zur Geltendmachung ihrer Rechte nicht mehr imstande ist — sei es, weil die hierzu erforderlichen Mittel fehlen [3]), sei es, weil die überwiegende Zahl der Mitglieder einer anderen Berufsvereinigung beigetreten ist.

Von verschiedenen Seiten [4]) wird nun die Ansicht vertreten, daß den Tarifparteien in Bezug auf die Abtretung schuldrechtlicher Ansprüche überhaupt keine Gestaltungsfreiheit gewährt sei und statt dessen nur der Abschluß eines neuen Tarifvertrages in Betracht komme. Jedoch ist dieser Standpunkt nicht gerechtfertigt, wenigstens nicht in der mitgeteilten Allgemeinheit.

Da die Tarifvertragsverordnung selbst sich mit der Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Übertragung schuldrechtlicher Ansprüche der Tarifparteien nicht beschäftigt, ist auf die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften zurückzugreifen. Dagegen bestehen umsoweniger Bedenken, als der Tarifvertrag in seinem schuldrechtlich wirkende Teile den Vorschriften über gegenseitige Verträge untersteht [5]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt grundsätzlich jeden schuldrechtlichen Anspruch — mag er nun auf positive Tätigkeit oder auf Unterlassen gerichtet sein (§ 241 Satz 2 BGB.) — für übertragbar; daß er einen Vermögenswert darstellt, ist nicht erforderlich, vielmehr genügt jedes schutzwürdige Interesse [6]). Auf die Person des Rechtssubjekts kommt es grundsätzlich nicht an, vielmehr unterliegt nur das ihm zustehende Recht als solches in gewissen Fällen bestimmten Schranken der Verfügungsfreiheit [7]).

Abgesehen von dem hier nicht weiter interessierenden Verbot der Abtretung unpfändbarer Forderungen (§ 400 BGB.), wird der obige Grundsatz vor allem durch die Bestimmung des § 399 BGB. durchbrochen. Danach ist eine Abtretung zunächst dann nicht statthaft, wenn Gläubiger und Schuldner sie durch entsprechende Vereinbarung ausgeschlossen haben. Dieser Fall scheidet hier aus, weil für die fol-

---

[3]) Juristischen Personen wird kein Armenrecht gewährt, weil § 114 ZPO. auf sie nicht anwendbar ist, so mit Recht die h. L., insbesondere Goldschmidt, a. a. O., § 38, 3 a; RGZ. 112, 108; KG. JW. 1931, 85.

[4]) Dersch, a. a. O., S. 127; Jacobi, a. a. O., S. 219; Nipperdey, a. a. O., Anm. 50 zu § 16; Goerrig, SchliW. 1925 Sp. 145, 146.

[5]) Jacobi, a. a. O., S. 242; Nipperdey, a. a. O., § 29 II.

[6]) RGZ. 87, 293; 102, 222.

[7]) So z. B. §§ 400, 399 BGB.

genden Ausführungen gerade vorausgesetzt wird, daß die Parteien die Abtretungsmöglichkeit nicht ausgeschaltet haben.

Gemäß § 399 BGB. ist die Übertragung eines Anspruchs ferner unmöglich, wenn sie eine Veränderung des Inhalts der geschuldeten Leistung zur Folge haben würde. Eine solche Veränderung des Leistungsinhalts wird u. a. in allen Fällen anzunehmen sein, wo das Recht wesentlich auf dem persönlichen Verhältnis von Gläubiger und Schuldner beruht [8]).

Dieser Tatbestand ist bei solchen Rechten vorhanden, die sich von selbst [8a]) aus der Tatsache des Abschlusses des Tarifvertrages ergeben, wie z. B. die Ansprüche auf Durchführung des Tarifvertrages und auf Wahrung des Arbeitsfriedens. Sie beruhen wesentlich auf dem persönlichen Verhältnis der Vertragschließenden. Denn die Entstehung der erwähnten Ansprüche ist dadurch bedingt, daß Gläubiger und Schuldner eine besondere Rechtsfähigkeit [9]) — die Tariffähigkeit — besitzen. Andererseits spielt die Persönlichkeit der Beteiligten bei der Erfüllung der bezeichneten Ansprüche eine erhebliche Rolle; denn der jeweilige Inhalt der geschuldeten Leistung (Durchführungs- und Friedenspflicht) ist nicht ein für alle Mal bestimmt, richtet sich vielmehr nach der Person des Gläubigers und würde durch Gläubigerwechsel notwendig beeinflußt werden. Infolgedessen wird man die Abtretungsmöglichkeit bezüglich der soeben erörterten Ansprüche mindestens so lange leugnen müssen, wie die geschuldete Leistung mit ihrem ursprünglichen Inhalt unverändert ist. Daher ist z. B. der Anspruch auf Wahrung des Arbeitsfriedens nicht übertragbar, sondern höchstens die sich aus einer Verletzung dieses Rechts ergebende Schadensersatzforderung.

Anders ist allerdings die Rechtslage, wenn es sich um Ansprüche handelt, die nur durch besondere Abrede begründet werden können, wie z. B. Ansprüche auf Entrichtung einer Vertragsstrafe oder auf Garantiehaftung. Hier spielt die Tariffähigkeit keine entscheidende Rolle, sondern die Rechtslage ist nicht anders als bei sonstigen Schuldverhältnissen. Die geschuldete Leistung kann in diesen Fällen gegenüber dem Zessionar ebenso erfüllt werden wie es gegenüber dem bisherigen Gläubiger geschehen konnte. Der Gedanke, daß die schuldige Tarifpartei ihre Verbindlichkeit nur mit Rücksicht auf die Vertrauenswürdigkeit des anderen Teiles hinsichtlich der von ihm übernommenen Pflichten eingegangen sei, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

---

[8]) Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. I 1 zu § 399.

[8a]) s. oben S. 75, 76.

[9]) Dersch, a. a. O., S. 50.

Einmal ist der Einwand jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn der Tarifvertrag gegen den Willen einer Partei — durch Schiedsspruch und Verbindlicherklärung — zustandegekommen ist [10]).

Sodann ist es anerkannten Rechtes [11]), daß die Verschiedenheit in der Persönlichkeit des Gläubigers, selbst seine mehr oder minder große Nachsicht, die Übertragung von Rechten aus dem Gesichtspunkt der „Inhaltsveränderung" allein nicht hindert.

Schließlich herrscht darüber kein Streit, daß auch Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen abtretbar sind [12]). Dafür, daß die Rechtsstellung der schuldnerischen Tarifpartei nicht verschlechtert wird, ist durch die den Schutz des Schuldners bezweckenden Vorschriften der §§ 404 ff. BGB. hinreichend gesorgt.

Im übrigen wird allgemein zutreffend der Standpunkt vertreten [13]), daß sogar eine Gesamtrechtsnachfolge in (Firmen-) Tarifverträge stattfinden könne. Infolgedessen dürfte erst recht eine Sonderrechtsnachfolge hinsichtlich einzelner Ansprüche möglich sein [14]).

Von den Vertretern dieser Meinung wird teilweise [15]) die Einschränkung gemacht, daß die Rechtsabtretung nur zulässig sei, wenn die „überwiegende" Mitgliederzahl des abtretenden Verbandes dem Zessionar beigetreten ist. Für eine solche Annahme fehlt es indessen an einer rechtlichen Grundlage. Im Gegenteil ist die Fortdauer der Mitgliedschaft keine Voraussetzung der Tarifbeteiligung, da § 1 Abs. 2 TVO. die Mitgliedschaft nur zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages fordert und die Rechtsbeständigkeit des Tarifvertrages nicht von der Erhaltung des Mitgliederbestandes der Parteien, die den Tarifvertrag ja im eigenen Namen schließen [16]), abhängt.

Die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien wird durch die Anerkennung der Abtretungsmöglichkeit gewisser Ansprüche nicht berührt; ebenso bleiben die normativwirkenden Tarifbestimmungen ohne Rücksicht auf die Zession Inhalt der tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse.

---

[10]) Erdel, a. a. O., Sp. 105.

[11]) Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. I 1 Abs. 1 zu § 399.

[12]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 79 II 3.

[13]) RAG. in ArbRspr. 1931 S. 312; Friese, JW. 1931, 1224 mit weiteren Nachweisen.

[14]) Erdel, a. a. O., S. 106; Staudinger-Werner, a. a. O., Bem. 13 Abs. 2 zu § 399.

[15]) Erdel, a. a. O., Sp. 106 unten.

[16]) Die von Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. I S. 797 ff. begründete „Vertretungstheorie" wird von der h. L. mit Recht abgelehnt: Dersch, a. a. O., S. 44; Nipperdey, a. a. O., § 15 I.

Vierter Teil: Anhang.

§ 24.

Zusammenfassung.

1. Aus den vorstehenden Ausführungen dürfte sich ergeben, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch das kollektive Arbeitsrecht beherrscht. Wenn auch das Bestreben dahin geht, dem Gruppenwillen bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses eine überragende Stellung einzuräumen[1]), so ist er doch in gewisser Hinsicht beschränkt. Stärker als der Gruppenwille ist nämlich der staatliche Rechtssatz. Dieser ist imstande, die Grenzen der Vertragsfreiheit nach den jeweiligen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens zu bestimmen.

Die Gefahr, daß eine Partei des Einzelarbeitsvertrages einseitig den Vertragsinhalt festlegt, ist allerdings seit Entstehung und Anerkennung der wirtschaftlichen Verbände außerordentlich gemindert. Aber in vollem Umfange beseitigt ist sie nicht. Sie wird sich auch kaum gänzlich beseitigen lassen, solange der Arbeitgeber sich im Besitze der wirtschaftlichen Gütererzeugungsmittel befindet und der Arbeitnehmer seinen Unterhalt lediglich aus Verwertung seiner Arbeitskraft ziehen muß. Nicht immer reicht auch die wirtschaftliche Machtfülle von Arbeitnehmervereinigungen aus, um eine gerechte und angemessene Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.

Es ist daher zu billigen, daß der staatliche Rechtssatz in zahlreichen Fällen mit zwingender Wirkung ausgestattet worden ist. Insbesondere gilt dies von den Regeln über den Arbeitnehmerschutz[2]), die sich nicht nur als Beschränkung der individualistischen, sondern vor allem auch der kollektivistischen Vertragsfreiheit dar-

---

[1]) Joerges, a. a. O., Sp. 251.

[2]) Dieser begegnet uns in privatrechtlicher, in öffentlichrechtlicher sowie in erhöhter öffentlichrechtlicher Gestalt und erstreckt sich mitunter nur auf einzelne Berufszweige. Näheres darüber: Joerges, a. a. O., Sp. 259.

stellen. Nur ausnahmsweise kann ein zwingender Rechtssatz durch den kollektiven Gestaltungswillen beseitigt werden [3]).

In einzelnen Fällen begnügt sich der Staat mit einer Nachprüfung von Gesamtvereinbarungen — z. B. bei der Arbeitsordnung —, in anderen macht er die Anerkennung des kollektiven Gestaltungswillens sogar von seiner Genehmigung abhängig [4]).

Andererseits verdrängt die kollektivistisch bestimmte Vertragsfreiheit nicht ausnahmslos die individualistische. Abgesehen von den erörterten allgemeinen Schranken der kollektivistischen Vertragsfreiheit, ist unter Umständen [5]) der übereinstimmende Willen der Arbeitsvertragsparteien in der Lage, sich wirksam über Gesamtvereinbarungen hinwegzusetzen; ausnahmsweise reicht schon der bloße Wille des Arbeitnehmers [6]) oder des Arbeitgebers [7]) aus.

Es würde den stets wechselnden Bedürfnissen des Wirtschaftslebens widersprechen, wenn man die Gesamtvereinbarungen und damit den Einzelarbeitsvertrag in starre Formen mit fest bestimmtem Inhalt pressen wollte. Nur ein elastisches Recht kann der Verkehrslage genügen und die in stetigem Fluß befindliche Weiterentwicklung sicherstellen. Die Grenzziehung zwischen Gesetz und privater Willensmacht muß sich nach den jeweiligen wirtschaftlichen Strömungen richten [8]). Ohne Privatautonomie und damit ohne Vertragsfreiheit ist jedenfalls eine sinnvolle Privatrechtsordnung nicht denkbar [9]). Daher darf die Vertragsfreiheit nicht preisgegeben werden.

Aber der ausnahmslosen Durchführung dieser Grundauffassung steht die Rücksichtnahme auf schutzbedürftige Interessen des einzelnen gegenüber. Denn die Persönlichkeit des einzelnen kann sich nur entfalten, wenn ihm auf wirtschaftlichem Gebiete ein gewisses Maß von Bewegungsfreiheit verbleibt [10]). Darüber zu wachen, ist gerade innerhalb des kollektiven Arbeitsrechts eine der vornehmsten Pflichten des Staates, weil es letzten Endes nur eine Form des Arbeitnehmerschutzes ist. Durch ungehinderte Betätigung des

---

[3]) s. oben S. 18.
[4]) § 6 Abs. 1 AZVO. — s. oben S. 81.
[5]) § 1 Abs 1 Satz 2 Fall 2 TVO. (Besserstellung).
[6]) s. oben S. 57 zu Anm. 5.
[7]) s. oben S. 57, 58 (§§ 3, 10 AZVO.).
[8]) Stoll, a. a. O., S. 177.
[9]) Stoll, a. a. O., S. 175.
[10]) Hueck, AV., S. 98: „Die Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutzes besteht nach wie vor". Ähnlich Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 14 a I 2; ferner Stoll, a. a. O., S. 195; Hueck, Lehrb., Bd. I, S. 31 § 6 IV.

privaten Willens könnte das Ziel jeder Wirtschaftsordnung, aller Volksgenossen ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen, leicht vereitelt werden [11]).

Die Forderung [12]) auf Beseitigung der staatlichen Beeinflussung der Willkür der Tarifparteien ist demnach nicht berechtigt. Allerdings ist durch Anerkennung der wirtschaftlichen Vereinigungen und Einführung der Unabdingbarkeit eine gewisse Gewähr dafür geschaffen worden, daß nicht unangemessene Arbeitsbedingungen vereinbart werden. Trotzdem ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß sie die wirtschaftliche Machtfülle zum Nachteil ihrer Mitglieder ausnutzen [13]), wenn sie sich uneingeschränkter Willensfreiheit erfreuen. Die Entwicklung der letzten Jahre hat dies gezeigt. Es mag genügen, auf die übermäßig kurzen Ausschlußfristen zur Geltendmachung tariflicher Ansprüche und auf die beschränkten Absperrungsklauseln hinzuweisen.

Auch eine Erweiterung der bestehenden Grenzen der Vertragsfreiheit erscheint aus den angegebenen Gründen nicht erforderlich; sie würde der Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts nicht dienlich sein. Das geltende Recht hat auch das Interesse der Gesamtvereinbarungsparteien an Bewegungsfreiheit bereits hinreichend berücksichtigt [14]).

Die Rechtsordnung soll Verwirklichung der Gerechtigkeit sein. Deshalb darf sie nicht dulden, daß durch die von ihr eingeräumten Befugnisse ungerechte und unsittliche Abmachungen rechtsverbindlich werden [15]).

Was nun die einzelnen Arten der Vertragsfreiheit angeht, so ist die Abschlußfreiheit im Berufsvereinbarungsrecht größer als im Betriebsvereinbarungsrecht. Gerade für die wichtigste Art der Betriebsvereinbarungen — die Arbeitsordnung — ist jedoch die Abschlußfreiheit beseitigt, weil die Arbeitsordnung ein bedeutsames Mittel des Arbeitnehmerschutzes bildet [16]).

Auch bezüglich der Gestaltungsfreiheit stehen die Tarifparteien besser als die Parteien der Betriebsvereinbarung, und zwar nicht nur hinsichtlich normativer, sondern auch bezüglich obliga-

---

[11]) So Stoll, a. a. O., S. 188.

[12]) Goerrig, Vertragsfreiheit und Arbeitsrechtsentwicklung in „Wirtschaftliche Nachrichten aus dem Ruhrbezirk", 1921, S. 1313.

[13]) Hueck, AV., S. 100.

[14]) Jacobi, a. a. O., S. 106.

[15]) Stoll, a. a. O., S. 181.

[16]) Jacobi, a. a. O., S. 354.

torischer Bestimmungen. Bei der Arbeitsordnung ist der wesentliche Inhalt wegen des mit ihr verfolgten Zweckes sogar ausdrücklich festgelegt [16]). Grundsätzlich müssen sich die Parteien der Betriebsvereinbarung dem Gestaltungswillen der Tarifparteien fügen.

Die Beendigungsfreiheit ist für beide Gesamtvereinbarungen im wesentlichen gleichmäßig; hervorzuheben ist jedoch auch hier die Arbeitsordnung, die der oben (S. 107 unten) erörterten Beschränkung hinsichtlich des Außerkrafttretens unterliegt.

§ 25.
Notverordnungsrecht.

Außergewöhnliche Zeiten erfordern außergewöhnliche Maßnahmen. Auch das kollektive Arbeitsrecht steht im Zeichen des wirtschaftlichen Niederganges und der politischen Zerrissenheit. Daher nimmt es nicht Wunder, daß es ebenso wie andere Gebiete des staatlichen Lebens von der Notverordnungsgesetzgebung ergriffen worden ist. Die enge Verknüpfung von Recht und Wirtschaft macht sich dabei deutlich bemerkbar.

Hervorzuheben ist hier vor allem die vierte Notverordnung vom 8. Dezember 1931 (RGBl. I S. 699), die in ihrem sechsten Teile in die Willensfreiheit der Träger des kollektiven Arbeitsrechts eingreift. Im Gegensatz zu ihren Vorläufern [17]) erstreckt sie sich auf die Tarife der privaten Wirtschaft. Im wesentlichen handelt es sich um die Geltungsdauer der Tarifverträge und die Senkung der tariflich vorgesehenen Entlohnung [18]). Trotzdem ist den Tarifparteien gemäß § 4 Abs. 3 a. a. O. das Recht verblieben, ihren Gestaltungswillen hinsichtlich der Entlohnung wiederum durch Tarifvereinbarung zur Geltung zu bringen, da keine staatliche Lohnfestsetzung, sondern nur eine Abänderung der bestehenden Tarifverträge gewollt war [19]).

Eine andere, mit der Idee der Vertragsfreiheit im Tarifrecht geradezu unvereinbare Regelung [20]) enthält die Verordnung zur Vermehrung und Erhaltung der Arbeitsgelegenheit vom 5. September 1932 (RGBl. I. S. 433), indem sie dem Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen ein einseitiges Lohnkürzungsrecht gewährt. Sie ist jedoch inzwischen wieder außer Kraft getreten (RGBl. 1932 I S. 545).

---

[17]) Notverordnungen vom 1. 12. 1930, 5. 6. 1931, 6. 10. 1931.

[18]) Näheres über das Notverordnungsrecht: Nipperdey, a. a. O., S. 193 ff.

[19]) Nipperdey, a. a. O., S. 195; Dersch, a. a. O., S. 450: „diktierter kollektiver Zwangsvertrag".

[20]) Näheres: Joerges, SchliW. 1932. So. 329 ff. mit guten Gründen gegen die Rechtsgültigkeit der VO.

Trotz dieser Eingriffe ist aber die Annahme [21]), das kollektive Arbeitsrecht sei bis zu einem gewissen Teile „abgestorben", nicht zu billigen. Vielmehr liegt es im Wesen jeder Notverordnungsgesetzgebung, daß sie nur vorübergehender Natur ist. Entscheidend ist, daß die Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts unverändert geblieben sind [22]). Schon im Jahre 1923 schien auf Grund der Ermächtigungsgesetze vom 13. November und 8. Dezember eine rückläufige Bewegung einzusetzen, die vielfach als allgemeiner Abbau des Arbeitsrechts aufgefaßt wurde. Die spätere Tätigkeit des Gesetzgebers bewies aber, daß es sich nur um vorübergehende Erscheinungen handelte, die mit eintretender Besserung des Wirtschaftslebens von der Bildfläche verschwanden [23]).

Nachtrag:
Nationalsozialistisches Recht [1]).

Die wirtschaftliche Machtfülle, die der Staat den Arbeitsverbänden eingeräumt hatte, wurde unter dem Einfluß marxistischer Lehren zu politischen Zwecken mißbraucht [2]), so daß die Klassengegensätze verstärkt, der Gemeinschaftsgedanke dagegen zerstört wurde und auch das Verantwortungsgefühl immer mehr verloren ging.

Angesichts dieser unerfreulichen Folgeerscheinungen war eine den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechende Erneuerung des Arbeitsrechts dringend geboten. Erleichtert wurde diese durch die Zerschlagung der Verbände und durch die Schaffung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer umfassenden „Deutschen Arbeitsfront".

Daß die Reform nur durch erhebliche Eingriffe in die kollektive Vertragsfreiheit durchzuführen war, liegt auf der Hand. Denn mit Hilfe der Vertragsfreiheit war es den Verbänden gelungen, einen übertriebenen Kollektivismus zu schaffen, der infolge schematischer

---

[21]) Kahn-Freund, Arch. f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik, Bd. 67 S. 146 ff. Dagegen auch Herschel, SchliW. 1932, Sp. 175.

[22]) Nipperdey, a. a. O., § 3 Anm. 15, § 15 VI. Vor ihrer Erschütterung warnt mit Recht Huber NZfAR. 1932 Sp. 217, ferner Flatow, Soz. Prax., 1931 Sp. 1457.

[23]) Kaskel, a. a. O., S. 10.

[1]) Näheres zu den folgenden Ausführungen u. a. bei: Hedemann (Deutsche Juristenzeitung 1934 S. 161), Goerrig (Jur. Wochensch. 1934, 321), Mansfeld (Jur. Wochenschrift 1934, S. 593 ff.).

[2]) Adolf Hitler, Mein Kampf, 38. Aufl., S. 675: „Nicht die Gewerkschaft ist klassenkämpferisch, sondern der Marxismus hat aus ihr ein Instrument für seinen Klassenkampf gemacht".

Regelungen zwangsläufig zur Vernachlässigung des Leistungsprinzips führte.

Am Anfange der Neugestaltung des kollektiven Arbeitsrechts steht das Gesetz über Treuhänder der Arbeit vom 19. Mai 1933 (RGBl. I S. 285). Wesentlich ist, daß die durch dieses Gesetz erstmalig geschaffenen Treuhänder an Richtlinien und Weisungen der Reichsregierung gebunden sind (§ 4) und an Stelle der Tarifparteien für die Regelung der Arbeitsbedingungen sowie für die Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen haben (§ 2). Jedoch sollte das erwähnte Gesetz von vornherein nur von vorübergehender Dauer sein und war es auch.

Von ungleich größerer Bedeutung ist das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG.) vom 20. Januar 1934 — RGBl. I S. 45 —. Der wesentliche Inhalt dieses Gesetzes ist seit dem 1. Mai 1934 in Kraft (§ 64 Abs. 1 AOG.). Es enthält eine zusammenfassende Regelung und bildet vorläufig den Schlußstein der Entwicklung. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß zahlreiche Gesetze und Verordnungen arbeits-rechtlicher Natur durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit beseitigt worden sind (§ 65 Nr. 8). Dazu gehört zunächst das bereits gestreifte Gesetz über Treuhänder der Arbeit; Stellung und Aufgabenkreis der Treuhänder sind nunmehr im 2. Abschnitt des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit grundlegend geregelt.

Für die vorstehende Untersuchung ist jedoch von Wichtigkeit, daß die Grundgesetze des bisherigen kollektiven Arbeitsrechts — die Tarifvertragsordnung und das Betriebsrätegesetz — zu bestehen aufgehört haben (§ 65 AOG. Nr. 6 und Nr. 1). Damit sind auch für die Vertragsfreiheit im kollektiven Arbeitsrecht die Grundlagen weggefallen. Zwar kennt auch das AOG. noch (kollektiv gedachte) Betriebs- und Tarifordnungen (§§ 26 ff.). Jedoch entstehen sie nicht mehr wie früher im Wege der Vereinbarung, sondern durch einseitigen Erlaß — sei es seitens des Führers des Betriebes (§ 26 AOG.), d. i. nach § 1 AOG. der Unternehmer, sei es seitens eines Treuhänders der Arbeit (§ 32 AOG.), d. i. nach § 18 AOG. eines Reichsbeamten, der insbesondere weitreichende Überwachungsrechte besitzt und daneben die Aufgabe hat, für die Sicherung des Arbeitsfriedens zu sorgen.

Demzufolge rechtfertigt sich die Schlußfeststellung, daß der Staat nunmehr auch auf dem Gebiete des kollektiven Arbeitsrechts die Führung übernommen hat. Auf diese Weise soll erreicht werden, daß an Stelle des Interessenkampfes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und der dadurch bedingten Entfremdung nunmehr eine lebendige Gemeinschaft der beiden Gruppen Platz greift.

Lebenslauf.

Am 8. Dezember 1903 wurde ich zu Berlin als Sohn des Kaufmanns Reinhold Wolff und seiner Ehefrau Rosa geb. Colm geboren.

Ich besuchte daselbst das Jahn-Real-Gymnasium bis zur Obersekunda und betätigte mich schon während der Schulzeit praktisch im Anwaltsbüro. Als mein Vater plötzlich am 30. November 1923 starb, hatte ich bereits eine Stellung als Bürovorsteher inne; zugleich studierte ich an der Handelshochschule Berlin. Um die mit meiner beruflichen Tätigkeit verbundene Verantwortung ungehindert übernehmen zu können, wurde ich durch Beschluß des Amtsgerichts Berlin-Mitte vom 8. März 1924 für volljährig erklärt.

In dem Bestreben nach weiteren Erfolgen wurde mir, obwohl ich das vorgeschriebene Mindestalter noch nicht erreicht hatte, nach Ablegung der Begabtenprüfung von dem Preußischen Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung am 8. Januar 1927 die Berechtigung zum Studium der Rechtswissenschaft erteilt.

Unter Beibehaltung meiner beruflichen Tätigkeit begann ich im Sommersemester 1927 das Rechtsstudium an der Friedrichs-Wilhelms-Universität zu Berlin, wo ich an Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Dr. Dr. Martin Wolff, Triepel, Titze, Stutz, Smend, Popitz, Nußbaum, Mannheim, Kohlrausch, Kipp, Ernst Heymann, Herkner, Goldschmidt, Flechtheim und Bornhak eifrig teilnahm. Daher war ich in der Lage, trotz starker beruflicher Inanspruchnahme das Referendarexamen schon nach 6 Semestern in Berlin abzulegen. Nach meiner Ernennung zum Kammergerichtsreferendar setzte ich meine Studien an der Martin-Luther-Universität in Halle a./S. fort, indem ich Vorlesungen bzw. Übungen der Herren Professoren Dr. Dr. Boehmer und R. Schmidt besuchte. Außerdem gehörte ich dort dem Arbeitsrechtlichen Seminar des Herrn Prof. Dr. Dr. Joerges an, nachdem ich mich zuvor in dem von Herrn Prof. Dr. Goldschmidt geleiteten Prozeßrechtlichen Seminar in Berlin betätigt hatte.

Während des juristischen Vorbereitungsdienstes, der ebenfalls mit beruflicher Inanspruchnahme ausgefüllt war, schrieb ich die vorliegende Abhandlung, ohne mir hierzu Urlaub zu nehmen. Für Übernahme der Berichterstattung und für freundliche Anregungen bin ich Herrn Professor Dr. Bilfinger zu Dank verpflichtet.

Am 28. Februar 1934 bestand ich die mündliche Doktorprüfung und schon am 16. April 1934 die große Staatsprüfung.